CAMILA NAVA AGUIAR

DIREITO MÉDICO

ESTUDO TEÓRICO E PRÁTICO

CAMILA NAVA AGUIAR

DIREITO MÉDICO

ESTUDO TEÓRICO E PRÁTICO

Ciências Humanas e Sociais Aplicadas

Direito médico – Estudo teórico e prático

Diagramação: Camila Alves de Cremo
Correção: Mariane Aparecida Freitas
Indexação: Amanda Kelly da Costa Veiga
Revisão: A autora
Autora: Camila Nava Aguiar

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

A282 Aguiar, Camila Nava
Direito médico – Estudo teórico e prático / Camila Nava Aguiar. – Ponta Grossa - PR: Atena, 2021.

Formato: PDF
Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader
Modo de acesso: World Wide Web
Inclui bibliografia
ISBN 978-65-5983-705-2
DOI: https://doi.org/10.22533/at.ed.052211711

1. Medicina - Legislação. 2. Judicialização. 3. Indenização. 4. Responsabilidade. I. Aguiar, Camila Nava. II. Título.

CDD 344.041

Elaborado por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166

Atena Editora
Ponta Grossa – Paraná – Brasil
Telefone: +55 (42) 3323-5493
www.atenaeditora.com.br
contato@atenaeditora.com.br

Ano 2021

Ciências Humanas e Sociais Aplicadas

DECLARAÇÃO DOS AUTORES

Os autores desta obra: 1. Atestam não possuir qualquer interesse comercial que constitua um conflito de interesses em relação ao artigo científico publicado; 2. Declaram que participaram ativamente da construção dos respectivos manuscritos, preferencialmente na: a) Concepção do estudo, e/ou aquisição de dados, e/ou análise e interpretação de dados; b) Elaboração do artigo ou revisão com vistas a tornar o material intelectualmente relevante; c) Aprovação final do manuscrito para submissão.; 3. Certificam que os artigos científicos publicados estão completamente isentos de dados e/ou resultados fraudulentos; 4. Confirmam a citação e a referência correta de todos os dados e de interpretações de dados de outras pesquisas; 5. Reconhecem terem informado todas as fontes de financiamento recebidas para a consecução da pesquisa; 6. Autorizam a edição da obra, que incluem os registros de ficha catalográfica, ISBN, DOI e demais indexadores, projeto visual e criação de capa, diagramação de miolo, assim como lançamento e divulgação da mesma conforme critérios da Atena Editora.

Ano 2021

DECLARAÇÃO DA EDITORA

A Atena Editora declara, para os devidos fins de direito, que: 1. A presente publicação constitui apenas transferência temporária dos direitos autorais, direito sobre a publicação, inclusive não constitui responsabilidade solidária na criação dos manuscritos publicados, nos termos previstos na Lei sobre direitos autorais (Lei 9610/98), no art. 184 do Código penal e no art. 927 do Código Civil; 2. Autoriza e incentiva os autores a assinarem contratos com repositórios institucionais, com fins exclusivos de divulgação da obra, desde que com o devido reconhecimento de autoria e edição e sem qualquer finalidade comercial; 3. Todos os e-book são *open access, desta forma* não os comercializa em seu site, sites parceiros, plataformas de *e-commerce,* ou qualquer outro meio virtual ou físico, portanto, está isenta de repasses de direitos autorais aos autores; 4. Todos os membros do conselho editorial são doutores e vinculados a instituições de ensino superior públicas, conforme recomendação da CAPES para obtenção do Qualis livro; 5. Não cede, comercializa ou autoriza a utilização dos nomes e e-mails dos autores, bem como nenhum outro dado dos mesmos, para qualquer finalidade que não o escopo da divulgação desta obra.

Ciências Humanas e Sociais Aplicadas

AGRADECIMENTO

Agradeço a Deus, o criador.

Ao meu filho Gabriel (meu amor incondicional, minha inspiração diária).

Ao meu marido Jorge (também advogado e professor), com quem vivencio, diariamente, o amor, a amizade, as conquistas, a alegria e a parceria. Nele me inspiro a busca pela perfeição técnica em tudo que faz.

Aos meus pais e irmão (Mario, Geni e Daniel), seio familiar onde cresci e aprendi os maiores valores da vida, aqueles que extrapolam os dispositivos legais.

E por fim, aos meus amigos de profissão, com os quais dividimos conhecimentos e aprendemos em conjunto.

PREFÁCIO

O presente trabalho nasceu do interesse em transformar a prática jurídica do exercício da advocacia vivenciada na defesa de médicos, hospitais e clínicas médicas e sintetizá-la em uma obra escrita.

Com a crescente Judicialização do Direito Médico, como operadora do Direito, fui instigada a aprofundar-me em meus estudos. Daí porque a crescente fascinação pela área exercida, sobretudo no liame entre o Direito e a Medicina.

Lembremo-nos que o Direito, como ciência, tem o escopo de se preocupar com a ordem e a segurança da sociedade. Enquanto a Medicina, tem a finalidade de manter a qualidade de vida e promover o bem-estar, seja ele individual ou coletivo.

Dessa junção, nasce a presente obra, cujo desígnio é despertar o interesse do futuro leitor no aprofundamento da matéria em si.

SUMÁRIO

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo o desenvolvimento de um estudo técnico-prático, assentado em estudos doutrinários, jurisprudenciais e legais na aplicação do Direito Médico frente à prática jurídica. Numa aliança entre o DIREITO e a MEDICINA, revela-se a importância do enlace entre as duas áreas.

PALAVRAS-CHAVE: Medicina, Judicialização, Indenização, Responsabilidade.

ABSTRACT

The present work has as its scope the development of a technical-practical study, based on doctrinal, jurisprudential and legal studies in the application of Medical Law in relation to legal practice. In an alliance between LAW and MEDICINE, the importance of the link between the two areas is revealed.
KEYWORDS: Medicine, Judicialization, Indemnity, Responsibility.

DIREITO MÉDICO – DA RESPONSABILIDADE CIVIL

"Foi em Roma que se solidificou a ideia de que a vingança privada não deveria ter lugar na vida em sociedade, cabendo ao Estado o poder – e mais – o dever de tutelar as relações interpessoais".[1]

"Com a *Lex Aquilia de dammo*, formulou-se um conceito de culpa, bem como fixaram-se algumas espécies de delitos que os médicos poderiam cometer (...). Como consequência, estabeleceu-se a obrigação de reparar o dano, limitando-se ao prejuízo econômico".[2]

Essa teoria, Aquiliana (teoria da culpa) foi fundamentada em alguns elementos que deveriam constar para que se chegasse à responsabilização de alguém.

TEORIA DA CULPA:

- **Ação** ou **Omissão** (praticar ou deixar de praticar um ato que deveria ter praticado);
- **Culpa** ou **Dolo** (o ato foi praticado intencionalmente ou mediante culpa?)
- Relação de **causalidade** entre o dano e a conduta;
- Efetivamente o **dano**.

Portanto, base da responsabilidade civil: NEXO DE CAUSALIDADE e DANO.

No mais, imprescindível consignar que "o desenvolvimento romano trouxe benefícios culturais em todas as áreas do conhecimento humano existente à época, inclusive no que tange a saúde. Foi nessa época, que coincide com a expansão do império, que a medicina começou a ganhar contornos profissionais (...). Em Roma, se produz um importante desenvolvimento legislativo no ano 451 a.C., ao se introduzir claramente a sanção penal frente aos casos de lesões pessoais, sendo valorados elementos como o estado físico do lesionado, a qualificação pessoal, os gastos médicos, a noção de incapacidade temporária, etc., cuja tradição perduraria até a edição do Código Napoleônico".[3]

"Concretamente, em Atenas foi criada a Lei Geral de Reparação, que não tratava igualmente a todos os homens, e distinguia o dano involuntário (culposo), ao qual correspondia uma indenização determinada, e o dano voluntário (danoso), com uma indenização equivalente ao dobro daquela devida pelo dano involuntário"[4].

Portanto, extrai-se da explanação retro, que os primeiros traços de responsabilidade civil se remontam ao Direito Romano, baseada, exclusivamente, na teoria da culpa e, por

1 DANTAS, Eduardo. *Direito Médico*. 5ª ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2021, pág. 48

2 KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

3 DANTAS, Eduardo. *Direito Médico*. 5ª ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2021, pág. 50.

4 DANTAS, Eduardo. *Direito Médico*. 5ª ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2021, pág. 52.

meio da qual, somente poderia responsabilizar alguém quando provada sua ocorrência.

Acrescenta-se a esse contexto o nosso Código Civil, que tem como escopo, o Direito Romano.

CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO – LEI Nº 10.406/2002:

A base legal do nosso ordenamento jurídico se pauta na teoria da culpa, contudo, comporta exceção a essa teoria da responsabilidade subjetiva.

A exemplo dessa ressalva, citemos o artigo 927, parágrafo único, do citado Código em epígrafe:

> *"Haverá a obrigação de reparar o dano,* ***independentemente de culpa****, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".*

No que concerne o enquadramento da atividade médica quanto à responsabilidade civil, de forma acertada, o legislador apregoa que o prestador de serviço está subjugado à teoria da culpa, como regra, pelo disposto legal.

Sob esse aspecto, outro código muito utilizado para qualificar o exercício da medicina é o que trata da relação consumerista (Código de Defesa do Consumidor), disciplinado pela lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Os nossos Tribunais firmaram o entendimento de que a atividade médica se enquadra no CDC (Código de Defesa do Consumidor).

Para tanto, se ambos regem o mesmo entendimento, qual a principal diferença na sujeição às regras do Código Civil ou do Código de Defesa do Consumidor?

A principal delas refere-se ao prazo prescricional[5]:

- Código Civil – relação de Direito Civil: 3 anos;
- CDC – relação de consumo: 5 anos.

Contraditoriamente, o Código de Ética Médica tem como princípio o não enquadramento nessa relação consumerista, já que entende que o corpo humana não pode ser tratado como objeto.

Obviamente que o Código de Ética Médica não sobrepõe ao Código de Defesa do Consumidor, nem tampouco se sobrepõe às decisões judiciais, mas certamente ele é um norte ao profissional da saúde, quanto ao seu comportamento e às questões éticas.

Sob a exegese do Código Civil, extrai-se os principais elementos para a caracterização da culpa, nas três modalidades compostas: negligência, imperícia ou imprudência.

---

5 No Direito Civil, a prescrição é conceituada como a perda da pretensão do titular de um direito que não o exerceu em determinado lapso temporal.

Código Civil (2002), artigo 186:

> Artigo 186 - ***Dos Atos Ilícitos***
>
> *Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*
>
> Artigo 927 - ***Da Obrigação de Indenizar***
>
> *Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.*

Artigo 951 – especificamente para a área da saúde:

> Artigo 951 - ***Da Indenização***
>
> *O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por **negligência, imprudência** ou **imperícia**, causar a morte **do paciente**, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.*

Artigo 948 – trata-se do homicídio (o homicídio pode ser doloso ou culposo)[6]:

> ***Da Indenização***
>
> *Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:*
>
> *I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;*
>
> *II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.*
>
> Artigo 950, *caput* - ***Da Indenização***
>
> *Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, **incluirá pensão** correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.*
>
> *Parágrafo único. O prejudicado, se preferir, poderá exigir que a indenização seja arbitrada e paga de uma só vez.*

A ideia da responsabilidade civil, portanto, nos remete à ideia da reponsabilidade pecuniária, por meio da qual, vislumbra-se o ressarcimento pelo dano cometido através da pecúnia. Tal ressarcimento é pleiteado com o ajuizamento de ação indenizatória. Para tanto, deve-se provar o nexo causal da situação ao dano.

Mister consignar que em termos de responsabilização, dever-se-á levar em

---

6 Enquanto no homicídio doloso há a intenção de matar ou o sujeito assume o risco de fazê-lo, no homicídio culposo não há esta intenção. O homicídio culposo ocorre quando uma pessoa tira a vida de outra sem a intenção, por negligência, imprudência ou imperícia.

consideração mais dois tipos de responsabilidade:

RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA:

- Trata-se de questão ética-profissional junto ao Conselho de Classe;
- Envolve a fiscalização pelas Agências (ANVISA, ANS);
- Trata dos processos disciplinares próprios da Administração Pública (se o médico é, por exemplo, um servidor público, servidor municipal, servidor do estado), significa dizer que ele está sujeito à responsabilização administrativa no âmbito do serviço.

RESPONSABILIDADE PENAL:

Cometido ato tipificado como crime, há responsabilidade penal.

DA OBRIGAÇÃO DE MEIO *VERSUS* OBRIGAÇÃO DE RESULTADO

Este também é o posicionamento majoritário da doutrina, que admite o deslocamento do ônus da carga probatória, a depender do tipo de obrigação aplicável ao caso concreto, se de meio ou de resultado.

Em sendo uma obrigação dita de meio, cabe ao credor comprovar que o devedor não foi suficientemente diligente a ponto de utilizar todos os meios disponíveis para a consecução ou adimplemento da obrigação.

Ao primeiro, a lei impõe a comprovação dos fatos constitutivos de seu direito, e ao segundo, a prova dos fatos impeditivos, capazes de isentá-lo da responsabilidade que lhe é demandada.

As obrigações de meio denominam-se, portanto, como obrigações de prudência, diligência (de atividade), de cuidado. Sendo de meio, o médico só se obriga a desenvolver atividades ou providências conducentes (que conduz; útil) à obtenção de um resultado esperado (a cura ou, no caso de anestesiologia, propiciar as condições necessárias à realização de determinada intervenção – posto que anestesia não cura, é meio auxiliar). Portanto, o médico não se compromete com o resultado.

Nas obrigações de meio, a interferência de um fator aleatório impede que o médico, de antemão, garanta o resultado.

Diferente é o caso da obrigação de resultado, uma vez que a insatisfação com relação ao fim atingido pode ser suficiente para demonstrar o descumprimento da obrigação.

Nas obrigações de resultado, o simples fato de não se obter o fim desejado implica o descumprimento da obrigação e acarreta o dever de indenizar. Portanto, se a finalidade do ato médico não for atingida, não importa que o profissional tenha enviado todos os seus esforços, com a técnica recomendada, toda atenção e prudência. Pelo só fato de não atingir a meta esperada, terá descumprido o contrato que se estabelece com o paciente.

O que importa, neste caso, é que o objetivo contratado não foi atingido, independentemente da diligência do devedor, e do correto emprego de todas as técnicas e equipamentos existentes e à disposição deste. A este último é imposto demonstrar o caso fortuito e a força maior, além de seus esforços, que impediram a concretização dos resultados.[1]

Segundo entendimento explanado por Hildegard Giostri[2], com relação à atividade médica, independentemente, do tipo de obrigação, a prova incumbe ao credor: *No âmbito prático, na área da responsabilidade médica, o que se tem visto é que tanto nas obrigações de meio quanto nas de resultado, a carga probatória incumbe ao credor, em especial quando atua uma pretensão de um cumprimento não atingido e, isto, tanto num caso quanto no*

---

1 DANTAS, Eduardo. *Direito Médico*. 5ª ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2021, pág. 92.

2 GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *A responsabilidade médico-hospitalar e o Código do Consumidor*. In: Repensando o Direito do Consumidor – 15 anos do CDC. OAB/PR, 2005.

outro, ou seja, tanto nas obrigações de resultado quanto nas de meio. O que quer dizer que, no caso de uma prestação obrigacional de resultado, o descumprimento se verificará pela falta do resultado avençado preteritamente (ou, no caso das cirurgias plásticas, de um resultado que "não agrade" ao paciente, mesmo que tecnicamente bem-sucedido). Então, o conteúdo da prova é o próprio descumprimento do fato, em sentido material.

1 | A CULPA QUANDO SE FALA DO PROFISSIONAL DA SAÚDE

A atividade do profissional da saúde é de meio e não de resultado. A medicina é uma ciência inexata. A medicina trabalha, inclusive, com certos fatores de ordem biológica que não se controla. Você tem possibilidades, chances, percentuais. Trata-se de corpo humano. Por isso, quando lemos a bula do remédio, há relato de efeitos colaterais. Isso não significa que tais efeitos colaterais ocorrerão em todos que tomam o medicamento, pois refere-se a uma possibilidade, refere-se a uma estatística.

Então, clarividente que, em linhas gerais, a medicina é tratada como atividade de meio, mas que comporta exceções.

Há uma parcela da Medicina que a jurisprudência entende como sendo atividade fim (de resultado). Ex.: cirurgia plástica estética, tratamentos dermatológicos estéticos, etc.

A esse aspecto pertine a diferenciação entre atividade meio e atividade fim.

De acordo com a ministra Nancy Andrighi, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), "a obrigação de meio limita-se a um dever de desempenho, isto é, há o compromisso de agir com desvelo, empregando a melhor técnica e perícia para alcançar um determinado fim, **mas sem se obrigar à efetivação do resultado".**

Assim, o médico que indica tratamento para determinada doença não pode garantir a cura do paciente. Caso o consumidor não fique satisfeito com o serviço prestado, cabe a ele comprovar que houve culpa do profissional, por eventuais danos causados por negligência, imperícia ou imprudência do prestador de serviço.

Existem, em menor escala, situações em que o compromisso do profissional é com o resultado, pois o alcance do objetivo almejado é condição para o cumprimento do contrato. Nancy Andrighi explica que "o contratado se compromete a alcançar um resultado específico, que constitui o cerne da própria obrigação, sem o que haverá a inexecução desta".

Grande parte da doutrina considera que o médico que exerce atividade estética (ex.: cirurgião plástico), compromete-se com o resultado esperado por quem se submeteu à sua atuação.

O STJ (Superior Tribunal de Justiça) tem entendido que, nessa espécie, há presunção de culpa do profissional, com inversão do ônus da prova. Em outras palavras,

cabe a ele demonstrar que o eventual insucesso não resultou de sua ação ou omissão, mas de culpa exclusiva do contratante, ou de situação que fugiu do seu controle.

Quanto à discussão entre obrigações de meio e de resultado nas condutas médicas, o CFM (Conselho Federal de Medicina) entende que todas as condutas médicas têm uma obrigação de meio.

Infere-se que o Judiciário tem feito essa presunção de culpa, sendo o processo iniciado com a perspectiva de que cabe ao médico provar que não incorreu em culpa.

Já o CFM, pelo disposto no § único, artigo 1º do Código de Ética, assim transcreve: *A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida.*

Já os Tribunais, entendem que em algumas especialidades, as condutas médicas têm a obrigação de resultado.

Assim, os médicos que fazem a atividade estética e se comprometem com o resultado e não o cumprem, serão responsabilizados por isso. E sob esse aspecto o Judiciário tem se posicionado assertivamente.

Pois bem, e quanto ao profissional médico que não possui residência médica?

Consigna-se que não há vedação legal de atuação do médico, sem a especialidade específica, e isso se dá por força da lei. Vejamos:

O Código de Ética Médica, Resolução CFM n° 2.217, de 27 de setembro de 2018, diploma que preceitua em *Preâmbulo* que para o exercício da medicina é condição a inscrição do médico em Conselho Regional, sendo esta, a única imposição para que indivíduo graduado em medicina pratique os atos clínicos com liberdade profissional:

> *"III - Para o exercício da medicina, impõe-se a inscrição no Conselho Regional do respectivo estado, território ou Distrito Federal. "*

Acrescenta-se:

> *"É direito do médico:*
>
> *II - Indicar o procedimento adequado ao paciente, observadas as práticas cientificamente reconhecidas e respeitada a legislação vigente. "*

Insta evidenciar que, cabe exclusivamente às normas atinentes à medicina especificar os limites de atuação de um médico, e o Conselho Federal de Medicina possui diversos atos normativos que são expressos em não exigir de um médico qualquer especialidade para trabalhar em qualquer ramo da medicina.

Assim consubstancia-se a ementa do Parecer nº 17/04 expedido pelo Conselho Federal de Medicina:

> *Os Conselhos Regionais de Medicina não exigem que um médico seja especialista para trabalhar em qualquer ramo da Medicina, podendo exercê-la*

em sua plenitude nas mais diversas áreas, desde que se responsabilize por seus atos.

E no mesmo sentido foram emitidos os seguintes pareceres:

Parecer CFM nº 27/95;

Parecer CFM nº 08/96;

Parecer CFM nº 21/10;

Parecer CFM nº 09/16.

Portanto, não se configura atuação às avessas da legislação se um médico, clínico geral, realiza uma cirurgia para a retirada de um tumor cerebral, ou então se um médico, sem nenhuma especialização, realiza uma cirurgia cardíaca.

Isto é, basta se formar em medicina, possuir o diploma e registro perante o Conselho Regional de Medicina para exercer a profissão em sua plenitude, pois o Conselho Federal de Medicina não exige que o médico faça residência ou especialização, conforme os diversos atos normativos mencionados.

Assim como o advogado pode atuar em qualquer ramo do direito, ainda que não possua nenhuma especialização, o médico sem nenhuma especialização também pode atuar em qualquer ramo da medicina ou atuar em uma área diversa da qual se especializou

Por via oblíqua, o artigo 17 da Lei nº 3.268/17 afirma que para o médico atuar deve se inscrever no Conselho Regional de Medicina, sob cuja jurisdição se achar o local de sua atividade. Onde consta jurisdição deve-se entender por circunscrição, pois jurisdição é a atividade estatal exercida para a aplicação do direito ao caso concreto, e a circunscrição delimita um espaço territorial.

O artigo 18 da Lei n. 3.268/17, por sua vez, assevera que o médico que possuir a carteira profissional estará habilitado a exercer a medicina em todo o país, desde que esteja registrado de acordo com a lei que, por sua vez, trata da necessidade de se inscrever perante o Conselho Regional de Medicina do estado em que atua, ainda que já esteja inscrito em outro.

Isto posto, em razão dos direitos e responsabilidades ensejados no exercício da medicina, são requisitos para o exercício da profissão em qualquer área de atuação apenas (i) o diploma de bacharelado em medicina, bem como (ii) o registro em Conselho Regional de Medicina (CRM). No mais, qualquer médico tem o direito de atuar com liberdade profissional, de modo a elencar qual procedimento será adotado, já que responde pelos meios empregados em seus atos.

Em termos de responsabilização civil, caso lhe seja imputado algum tipo de erro médico cometido, o profissional será enquadrado como culpado na modalidade de imperito, em virtude do exercício da medicina em área sem a especificação técnica.

Lembrando: para que se caracterize a culpa, a ocorrência de um dos três elementos deve ser provada (imprudência, negligência ou imperícia). Só assim, haverá a obrigação de indenizar.

DAS MODALIDADES DE CULPA EM SENTIDO ESTRITO – OS TRÊS TIPOS DE ERRO: NEGLIGÊNCIA, IMPERÍCIA E IMPRUDÊNCIA

Para se entender o significado de responsabilidade civil é necessário, primeiramente, entender o conceito de erro médico.

1 | DO ERRO MÉDICO – DEFINIÇÃO

Assim, *Erro Médico* é a conduta (omissiva ou comissiva[1]) profissional atípica, irregular ou inadequada, contra o paciente, durante o exercício da medicina, e que pode ser caracterizada como negligência, imprudência ou imperícia, mas nunca como dolo[2]. Dolo, diferentemente da culpa, é quando se tem a intenção de agir.

Em que pese esse entendimento, há decisões nos tribunais superiores considerando erro médico proveniente, também, de condutas dolosas, na modalidade *dolo eventual*[3], onde o agente assume o risco de produzir o resultado danoso.

No contexto a ser apresentado, ficar-se-á adstrita à culpa em sentido estrito (negligência, imperícia, imprudência):

Conforme as modalidades em epígrafe, passemos a exemplificá-las:

2 | NEGLIGÊNCIA

Em síntese, negligência é deixar de fazer o que deveria ser feito. À luz da ciência médica, uma postura negligente contradiz os princípios da atuação profissional de salvaguardar a vida humana. A negligência caracteriza o ato médico tomado sem precauções, em flagrante descaso, descuido ou desleixo.

O profissional que age de forma negligente, comumente, é negligente por omissão do atendimento devido.

Ela é caracterizada pela omissão de uma ação, ou seja, o agente deveria agir, mas não o faz. Assim, a negligência consiste em não fazer o que deveria ser feito.

Um exemplo de negligência médica é quando o profissional esquece algum material cirúrgico no corpo do paciente. Trata-se de um erro que pode ser evitado com maior atenção do médico e de sua equipe.

1 Comissiva: quando o agente faz algo proibido. Já na omissão: deixa de fazer algo a que estava obrigado.

2 Dolo: quando há pleno conhecimento da criminalidade do que está fazendo.

3 Dolo eventual: o agente prevê o resultado, não se importando que venha ele a ocorrer.

Abdômen do paciente.

No caso em questão, a tomografia [4] foi realizada, como exame complementar para a confirmação da existência do material cirúrgico dentro do abdômen do paciente.

Tomografia - "pinça" - clamp intestinal

4 A **tomografia** computadorizada é um exame de imagem não invasivo. É a junção do equipamento do Raio-X com computadores programados capazes de produzir imagens de altíssima qualidade dos órgãos internos.

Assim, conclui-se que a omissão, o descaso, são ensejadores a ato compatível à negligência.

3 I IMPERÍCIA

A imperícia marca o ato do médico que não possui conhecimento técnico, teórico ou prático específicos para determinado atendimento. Nesse caso, vale lembrar que o bacharelado em Medicina não garante exercício pleno de todas as áreas dessa profissão, embora não haja qualquer vedação legal para sua atuação.

O médico imperito, portanto, é aquele profissional que não possui destreza técnica para exercer determinada atividade médica. Exemplo: um médico que exerce determinada área específica sem ter a residência médica.

Portanto, a imperícia é caracterizada pela falta de conhecimento ou habilidade para o desenvolvimento de uma atividade específica. É a falta de certificação técnica.

Em termos estatísticos, a grande maioria dos processos, por erros de cirurgia plástica, advém de profissionais que não têm a especialidade de cirurgia plástica. São médicos de outras áreas que resolvem exercer essa área.

Para melhor elucidação sobre o tema, imprescindível a apresentação de um caso real que circulou por meio das redes sociais e que gerou muita repercussão.

A profissional médica divulgou, por meio de rede social (*Instagram*) vídeo de procedimento estético realizado em paciente.

Esse caso se tornou notório. Dificilmente encontrar alguém que não tenha tomado ciência desse vídeo, seja no mundo jurídico, seja no mundo médico.

Procedimento de lifting

Sob o ponto de vista jurídico, o que precisamos saber?

A profissional em questão possui residência médica para atuação nessa área de estética? Como por exemplo, ela possui residência médica em dermatologia ou cirurgia plástica?

Se não possui, em qual modalidade de culpa ela se enquadra?

Reiterando: a imperícia é a falta de conhecimento ou habilidade técnica para o desenvolvimento de uma atividade específica.

Certo é que a falta de certificação técnica a enquadra como imperita.

4 I IMPRUDÊNCIA

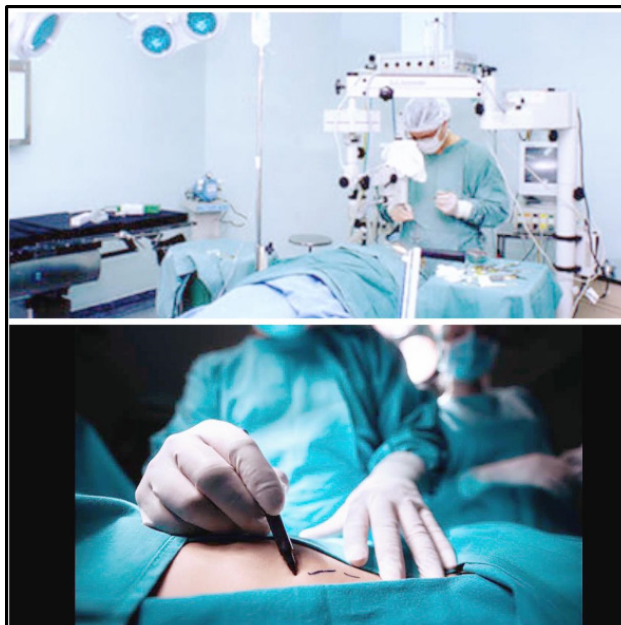
O ato imprudente é aquele marcado por ausência de cautela, de preocupação com as consequências de seu ato. Diferente da imperícia, nesse caso, o profissional possui o conhecimento necessário para tal conduta e, ainda assim, ignora danos prováveis à saúde do paciente. Uma cirurgia sem equipe ou instrumentos necessários ou uma declaração de alta antes de verificar com detalhes o estado de saúde do paciente são exemplos de condutas imprudentes.

Na imprudência, o profissional tem total conhecimento sobre o risco de alguma atitude tomada, mas ignora a ciência médica e toma a decisão de agir mesmo assim.

Portanto, a IMPRUDÊNCIA se caracteriza pela falta de reflexão em tomar atitudes diferentes daquelas aprendidas ou esperadas. O agente prevê a possibilidade do resultado danoso, mas não acredita que isso irá acontecer.

Diferentemente da negligência em que o agente é omisso, na imprudência, ele age, mas toma uma atitude diversa da esperada. Por isso, a imprudência consiste em fazer o que não deveria ser feito.

Na imprudência o agente é conhecedor do grau de risco, mesmo assim, ele age, acreditando que seu ato não causará prejuízo.

Podemos citar como exemplo, o médico, que ao realizar um procedimento cirúrgico sozinho, sem a equipe médica necessária, prevê o risco de ocorrer ofensa à um bem jurídico, ou seja, à vida do paciente, mas continua agindo porque não acredita no resultado morte ou não acredita que ocasionará qualquer tipo de lesão ao paciente.

Portanto, o agente prevê a possibilidade do resultado danoso, mas não acredita que isso irá acontecer.

Aliás, ele abomina o resultado.

Outro exemplo caracterizador da imprudência:

Quando um paciente recebe alta prematura do hospital, essa ação também é caracterizada como imprudência, pois, nesse caso, o médico sabe que o paciente não está em boas condições, mas o libera mesmo assim. Muitas pessoas têm complicações ou até perdem a vida por causa desse tipo de atitude.

Vale frisar que mesmo em casos que o paciente solicite a sua alta hospitalar, é o médico que deverá fundamentar a sua permanência ou não.

RESUMINDO, e de forma sucinta, poderemos trazer a seguinte definição para as três modalidades de erro médico:

A **NEGLIGÊNCIA** consiste em não fazer o que deveria ser feito, ou seja, o agente é omisso.
A **IMPRUDÊNCIA** consiste em fazer o que não deveria ser feito.
A **IMPERÍCIA** consiste em fazer mal o que deveria ser bem feito.

Assim, para que haja a caracterização do erro, seja por negligência, imperícia ou imprudência, deve haver conexão, o chamado nexo causal, ou seja, liame entre a conduta culposa e o resultado danoso.

conduta culposa → nexo causal → resultado danoso

Então, ainda que tenha havido a conduta e o resultado danoso, se não houver ligação entre eles, não será caracterizada a responsabilidade civil com o dever de indenizar.

A esse ponto, pertine registrar algumas excludentes.

5 I CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA

Nos casos em que há culpa exclusiva da vítima (do paciente), por exemplo. Assim, o médico orienta, dias antes da cirurgia, que o paciente interrompa o uso de certo medicamento. Ocorre que, esse paciente, não atento às orientações, não interrompe o uso do medicamento e durante a cirurgia evolui à óbito. A culpa foi do médico? Não.

Portanto, o agir da vítima, ou seja, do paciente, elimina com o nexo causal, afastando

a responsabilidade civil do médico. No caso em questão, houve o resultado danoso (a morte), mas não por culpa do médico.

Outros exemplos: nos casos em que o paciente não segue o tratamento prescrito ou os cuidados pós-operatórios recomendados pelo médico. Portanto: tem-se a conduta, o resultado danoso, mas sem nexo de causalidade.

6 I DAS PROVAS QUANTO AO ERRO MÉDICO

Quando se fala em erro médico, para que ocorra a condenação de um profissional, é imprescindível que exista esse erro e que o mesmo seja provado, por meio das provas do processo civil:

Dentre as provas, cita-se: **provas orais** (testemunhas e depoimento pessoal das partes).

Provas documentais. Lembrando, as quatro provas:

I. Prova documental em sentido estrito (tudo que é palpável – resultado de exame, raio X, laudo médico, etc.);

II. Perícia (fundamental em processo de erro médico). A falta de perícia é um risco! A chance de improcedência do pedido é muito grande; a falta de perícia é utilizada como tese de defesa do médico, clínica, hospital;

III. Prova de inspeção judicial. O juiz pode, por exemplo, ir até a casa do paciente (do autor da ação);

IV. Ata notarial [5]– escritura pública feita no cartório.

Dentro da teoria das provas, qualquer dessas provas (orais ou documentais) podem ser utilizadas em ações iniciais ou em contestações, como teses de defesa.

O médico, a clínica médica, o hospital, podem usufruir do direito de resposta, do contraditório (aliás, direito garantido pela Constituição). São as chamadas medidas judicias de defesa, quais sejam:

Contestação, Reconvenção, Reconhecimento Jurídico do Pedido (poderá reconhecer o direito do autor). Se for ação ajuizada com diversos autores (litisconsórcio), pode-se pedir o desmembramento do polo ativo da ação, ou ainda pode ficar inerte e sofrer os efeitos da revelia.

5 *A Escritura Pública de Ata Notarial é um ato registrado no Cartório de Notas, consiste em um documento redigido pelo Tabelião ou por um Escrevente Juramentado da serventia, à pedido da parte interessada, nele será constatado fielmente os fatos, as pessoas envolvidas ou situações; à fim de comprovar a existência de um determinado evento ou ocorrido.*

AS ESPÉCIES DE DANO

Por dano entende-se toda lesão a um bem juridicamente protegido[1] (exemplo: corpo físico. Numa lesão corporal, o bem jurídico protegido é o corpo físico), causando prejuízo de ordem patrimonial ou extrapatrimonial. Sem que tenha ocorrido dano a alguém, não há que se cogitar em responsabilidade civil.

Quando o profissional da saúde age com negligência, imperícia ou imprudência, certamente serão fatores ensejadores de dano, portanto, passíveis de serem indenizados.

No Brasil, trabalha-se com 3 espécies de dano.

1 I DANO MATERIAL

Trata-se de um dano patrimonial.[2]

Por dano material deve-se entender aquele perceptível pelos sentidos, ou seja, que se pode ver e tocar. É qualquer lesão que venha a causar diminuição patrimonial. Ex.: dano causado por lesões corporais em que o trabalhador não pode mais exercer seu labor.

A principal diferença entre o dano moral e o material está justamente na forma de se perceber esses danos: enquanto os danos físicos são visíveis a qualquer pessoa (qualquer pessoa pode, por exemplo, visualizar um membro mutilado, uma ferida, o óbito...), os danos morais, no entanto, não podem ser visualizados, pois atingem aquilo que há de mais íntimo no homem, seus sentimentos, que não são visíveis e nem podem ser sentidos por outros indivíduos.

O dano material é, portanto, o prejuízo financeiro efetivamente sofrido pela vítima, causando diminuição do seu patrimônio. Esse dano pode ser de duas naturezas: o que efetivamente o lesado perdeu (dano emergente) e o que razoavelmente deixou de ganhar (lucro cessante).

Assim sendo, tratando-se de dano material por lucros cessantes, cabe a parte autora demonstrar que deixou de ganhar algum valor e bem como explicitar de forma clara o nexo entre conduta e resultado.

Oportuno registrar também que, tratando-se de pleito de cunho material, é imprescindível que haja prova documental, já que se faz necessária a prova da redução patrimonial pela ação ou omissão causada.

Ainda, é imprescindível a comprovação do nexo de causalidade entre conduta lesiva, dano causado e comprovação de quais foram os prejuízos, sendo que, na esfera de dano material, a prova documental é obrigatória, sob pena do indeferimento do pleito.

1 Bem juridicamente protegido, exemplo: corpo físico. Numa lesão corporal, o bem jurídico protegido é o corpo físico.
2 Assim como preceitua o art. 402 do Código Civil: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”. Artigo 403, do Código Civil: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos **só incluem os prejuízos efetivos** e os **lucros cessantes** por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

Nesse contexto, é a ementa do precedente do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, sob nº 0205470-91.2010.8.04.0001, publicado em 14/02/2019, infra:

> *EMENTA: APELAÇÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DIREITO DE PETIÇÃO. ABUSO DO DIREITO CONFIGURADO. DANOS MATERIAIS NÃO SE PRESUMEM. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Nenhum direito é absoluto, devendo ser resguardada a devida proporcionalidade e razoabilidade quanto seu uso, sob pena de praticar ato ilícito caracterizador da implicação da obrigação de indenizar; 2. A natureza jurídica dos lucros cessantes é de dano material, ou seja,* ***faz-se necessária a sua comprovação, não devendo a base de seus cálculos ser montantes fantasiosos ou imaginários****. Dano material não se presume, devendo ser comprovados com, ao menos, o mínimo substancial probatório; 3. Recurso conhecido e parcialmente provido. ACÓRDÃO. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0205470-91.2010.8.04.0001, de Manaus/AM, em que são partes as acima indicadas, ACORDAM os Excelentíssimos Senhores Desembargadores que compõem a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, por unanimidade de votos, em conhecer e dar parcial provimento ao recurso de Apelação, nos termos do voto do desembargador relator.*

É correto dizer que, os danos materiais, conforme pacífica e reiterada jurisprudência, exigem a comprovação do *quantum* pleiteado, posto que, ao contrário dos danos morais, não são presumíveis.

Para que haja a condenação da parte Requerida é indispensável que a parte Requerente comprove a extensão dos prejuízos patrimoniais que suportou, em decorrência do ato ilícito.

Por tal motivo, é a prova do dano material de fundamental importância na ação indenizatória.

A sistemática adotada pelo Diploma Processual Civil pátrio, no que concerne ao ônus da prova, está muito clara no artigo 373, I, II, impondo ao autor o ônus fundamental da prova de seu direito, e, ao réu, o ônus de demonstrar qualquer fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor.

> *Art. 373. O ônus da prova incumbe:*
>
> *I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;*
>
> *II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.*

Assim, se o Requerente não se desvencilha do ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, quanto aos pretensos danos materiais, ressai indevida a indenização a tal título.

2 I DANO MORAL (ADVEIO COM A CF/88 E SEDIMENTOU-SE COM O CÓDIGO CIVIL DE 2002)

Trata-se de dano não patrimonial. [3]

É aquele que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão concernente aos direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., previstos na CF (Constituição Federal)[4] e que leva o indivíduo ao sofrimento, tristeza, vexame e humilhação ao lesado.

O dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro.

Por uma questão de rigor acadêmico, considera-se salutar distinguir o dano moral direto e o dano moral indireto.

"O primeiro se refere a uma lesão específica de um direito extrapatrimonial, como os direitos da personalidade. Já o dano moral indireto ocorre quando há uma lesão específica a um bem ou interesse de natureza patrimonial, mas que, de modo reflexo, produz um prejuízo na esfera extrapatrimonial, como é o caso, por exemplo, do furto de um bem com valor afetivo ou, no âmbito do direito do trabalho, o rebaixamento funcional ilícito do empregado, que, além do prejuízo financeiro, traz efeitos morais lesivos ao trabalhador" [5].

Com relação ao Dano Moral, este possui as regras de reparação do dano nas seguintes normas: Constituição Federal, artigos 1º, incisos III e IV, 5º, incisos V e X; Código Civil, artigos 186, 187 e 927.

Quando falamos em dano moral, ilícito civil, falamos acerca da violação do direito de personalidade.

No mais, a fim de elucidar a problemática jurídica, é imperioso destacar que, para que qualquer pessoa, vítima de uma lesão moral, possa constituir direito ao ressarcimento pecuniário, em razão da configuração do dano moral, deve, obrigatoriamente, provar nos autos os seguintes elementos:

- Ato ilícito praticado por ação ou omissão;
- Culpa do seu agente, no conceito genérico (elemento subjetivo);
- Dano moral do ofendido (elemento objetivo);
- Nexo de Causa.

---

3 O dano patrimonial é a lesão concreta que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável. Abrangem os danos emergentes (o que o lesado efetivamente perdeu) e o lucros cessantes (o aumento que seu patrimônio teria, mas deixou de ter, em razão do evento danoso).

4 Art. 5º, X, CF.

5 GAGLIANO, P.S. e PAMPLONA FILHO, R. *Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, pág. 109.

Destacamos ainda que, todos estes elementos devem estar reunidos (presentes) nos autos, de modo que, a falta de qualquer um deles, impossibilita a condenação do suposto agente ofensor.

Assim, não basta alegar o suposto ato lesivo, mas sim comprovar que o mesmo estava revestido de culpa, além de comprovar o nexo de causalidade entre ele e os danos supostamente sofridos.

3 | DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO

Pertine consignar que aqui no Brasil, há uma jurisdição defensiva contra o dano moral. Nosso Judiciário veda pedido de dano moral sem fundamento, inclusive com limitação de valores.

Existe uma complexidade na cobrança do dano moral: depende de quem eu vou cobrar (qual é a possibilidade dessa pessoa em pagar? A possibilidade do réu será levada em consideração.

Também será analisada a necessidade do autor em receber o valor pleiteado.

Portanto, aplica-se o binômio (possibilidade x necessidade) na hora do juiz arbitrar o valor indenizatório a título de dano moral.

O dano moral não tem apenas como função o caráter de INDENIZAÇÃO, mas também o caráter de PUNIÇÃO e PREVENÇÃO de nova prática de evento danoso.

Eventual condenação deste tipo deve ser fixada por arbitramento, conforme aponta a doutrina de Humberto Theodoro Júnior:

> *Por se tratar de arbitramento fundado exclusivamente no bom senso e na equidade, ninguém além do próprio juiz está credenciado a realizar a operação de fixação do quantum com que se reparará a dor moral.*

Está, portanto, solidamente estabelecido na doutrina que, *não apenas o poder de decidir sobre a existência e configuração do dano moral e do nexo causal entre ele e a conduta do agente, mas, também e sobretudo, a sua quantificação, correspondem a temas que somente podem ser confiados às mãos do julgador e ao seu prudente arbítrio* (AMARANTE, ob. cit., p. 276; CASTRO Y BRAVO, ob. cit., loc. cit.)

Assim, no possível arbitramento do dano moral, o juiz deverá ter em conta, dentre outros aspectos, **a) a posição social e econômica do ofensor e do ofendido, b) o grau de culpabilidade do ofensor e c) a profundidade dos reflexos do dano.**

Ensina Caio Mário da Silva [6] que: *A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos*

6 SILVA PEREIRA, CAIO MÁRIO DA *Instituições de Direito Civil*, 8ª ed., Rio, Forense, 1986, vol. II, nº 176, pág. 235.

pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva.

Vale trazer à baila o conhecimento de que no julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 351.178, trouxe-se à lide o precedente constante do Recurso Especial n. 880.349, no qual houve óbito do paciente por reconhecido erro de anestesia, tendo sido fixada a indenização em R$30.000,00 para cada autor da ação (esposo e os três filhos do paciente).

Nos Embargos em questão, entendeu-se por bem equalizar a situação aos precedentes da Corte e reduziu-se a condenação de R$830.000,00 para R$50.000,00, que é o valor entendido como suficiente para "indenização por morte" pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme consta do voto do relator, Ministro João Otávio de Noronha, que foi acompanhado pelos demais Ministros.

Assim, constata-se pela análise da amplitude das decisões proferidas pelos Tribunais Pátrios que a quantificação do valor auferido por dano moral depende de critérios relacionados à **razoabilidade** e à **proporcionalidade** entre fato lesivo e o dano causado por este. Isso advém da análise a ser feita pelo julgador acerca: da avaliação das circunstâncias do fato, como a duração do sofrimento experimentado pela vítima, os reflexos desse dano no presente e futuro, as partes envolvidas no conflito e as condições físico-psicológicas do ofensor e do ofendido, ou seja, respeitando, dessa forma, as peculiaridades de cada caso.

Outrossim, destaca-se que os Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade estão intimamente ligados à quantificação do valor atribuído ao dano moral, visto serem princípios norteadores do ordenamento jurídico que determinam um justo equilíbrio entre o dano experimentado pela vítima e o prejuízo causado pelo autor do dano.

4 | DANO ESTÉTICO

É toda alteração morfológica do indivíduo que abrange as deformidades, marcas e que impliquem na exposição do indivíduo ao ridículo, que faça com que ele tenha complexo de inferioridade.

Ex.: mutilações, cicatrizes, perda de cabelo, etc.

Tanto doutrina, quanto jurisprudência, entendem que a valoração de um dano estético está ligado ao contexto de vida do postulante.

Tradicionalmente, dentre os fatores levados em conta para a quantificação indenizatória, quando esta é cabível, devem constar:

- A gravidade e intensidade da ofensa;
- O sofrimento da vítima, as suas condições pessoais;
- O grau de culpabilidade do agente;
- A repercussão do fato danoso;
- A extensão e a localização do dano;
- A condição socioeconômica do ofensor e ofendido.

Os aspectos acima delineados, por si só, já são suficientes para elidir qualquer espécie de indenização tarifada no que tange à reparação do dano estético.

A particularização da repercussão global do dano em cada indivíduo, no seu contexto de vida, na análise das perdas, privações e desvantagens que possam ter advindo ou não do dano, propicia um detalhado conjunto de informações para que o Magistrado tenha condição de decidir acerca do tema.

Enquanto um dano estético em âmbito penal é limitado à noção de deformidade permanente, em sede civil, por seu turno, a questão pode ser analisada no que diz respeito à totalidade de suas implicações e reflexos. A avaliação do prejuízo estético é influenciada por fatores inerentes ao queixoso: idade, sexo, repercussão socioprofissional e estado civil, bem como por aqueles relativos às possibilidades de reparação: correções cirúrgicas e próteses, dentre outras (CARDOZO, 1997[7]).

No mais, no que tange o julgado proferido por meio do acórdão (TJ-ES - APL: 00035810220138080056, Relator: FERNANDO ESTEVAM BRAVIN RUY, Data de Julgamento: 17/04/2018, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 25/04/2018), com improcedência da pretensão autoral, traz em seu bojo os seguintes apontamentos:

> *5. Quanto aos danos estéticos, em audiência, o magistrado de primeira instância procedeu à inspeção judicial, oportunidade em que asseverou que* ***o menor Gustavo possui uma cicatriz aproximadamente com quatro centímetros de comprimento e dois de largura, com aparência elevada, localizada na parte posterior da perna esquerda, próximo às nádegas. Para a caracterização do dano estético, não basta ter que o alegado evento danoso tenha gerado cicatrizes, e sim que essas sejam causadores de repugnância, deformidade ou de alteração sensível na fisionomia da vítima, circunstâncias essas não verificadas nos autos****.* (...)

No caso em comento, certo é que a cicatriz em si, não pode ser ensejadora do dever de reparar pelo suposto dano estético sofrido.

Revelando-se as provas acostadas aos autos a impossibilidade de atribuir à parte demandada a responsabilidade em indenizar, já que não provada a repercussão do fato

7 CARDOZO, H. F. *Avaliação médico-legal das lesões do complexo maxilomandibular*. In: SILVA, M. Compêndio de Odontologia Legal. Rio de Janeiro: Medsi, 1997, p. 289-317.

danoso, nem tampouco a extensão do dano como justificativa do pleito inicial, certamente tal pleito formulado em exordial deverá ser julgado improcedente.

Pois bem, feitas as considerações acerca dos tipos de danos sujeitos à reparação, uma das condições essenciais à imputação da responsabilidade civil é a presença de um nexo causal entre o fato ilícito e o dano por ele produzido.

CARLOS ROBERTO GONÇALVES [8], é contundente ao afirmar que: "Das várias teorias sobro o nexo causal, o nosso Código adotou, indiscutivelmente, a do dano direto e imediato, como está expresso no artigo 403; e das várias escolas que explicam o dano direto e imediato, a mais autorizada é a que se reporta à consequência necessária" [9].

> *"Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual."* lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Por fim, imprescindível consignar que em consonância ao entendimento jurisprudencial, o STJ (Superior Tribunal de Justiça), por meio da súmula 387, exara o seguinte entendimento: *É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.*

8 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. IV.
9 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA *VERSUS* OBJETIVA

O nosso ordenamento jurídico traz a diferenciação entre os dois conceitos de responsabilidade.

Do conceito clássico da responsabilidade, extrai-se que, em primeiro momento, surgiu-se na sociedade a responsabilidade civil subjetiva, a qual, até então, era suficiente para dirimir os conflitos à época.

Com o tempo, com o crescimento populacional, surgimento de inovações tecnológicas, surgiu também a necessidade de maior proteção à vítima.

Analogamente, Rui Stoco [1] afirma:

"A necessidade de maior proteção à vítima fez nascer a culpa presumida, de sorte a inverter o ônus da prova e solucionar a grande dificuldade daquele que sofreu um dano demonstrar a culpa do responsável pela ação ou omissão.

O próximo passo foi desconsiderar a culpa como elemento indispensável, nos casos expressos em lei, surgindo a responsabilidade objetiva, quando então não se indaga se o ato é culpável".

Insta consignar que o Código Civil Brasileiro de 1916 era essencialmente subjetivista.

Já com o advento do Código Civil de 2002, ajustou-se à evolução da responsabilidade e, apesar de não ter abandonado por completo a responsabilidade subjetiva, inovou ao estabelecer a responsabilidade objetiva em seu artigo 927:

> *"Haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".*

Pode-se afirmar que a responsabilidade objetiva também está prevista no artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal:

> *"as pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros".*

Sendo assim, poderemos fazer a diferenciação entre a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva da seguinte forma: enquanto na primeira a vítima precisa provar a culpa do agente (nas modalidades negligência, imperícia ou imprudência), na segunda, não há necessidade comprobatória, sendo, portanto, mais difícil para o agente causador do dano, desvencilhar-se da responsabilidade pelo fato gerador.

Quanto à responsabilidade civil adotada pela codificação consumerista, pertine esclarecer que o prestador de serviço responde, independentemente da existência de culpa, o que o enquadra a responder pela responsabilidade objetiva do dano causado:

---

1 STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência.* 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

> *Artigo 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.*

Acrescenta-se a essa informação o entendimento jurisprudencial de que a responsabilidade objetiva para o prestador de serviço, prevista no artigo 14 do CDC, na hipótese de tratar-se de hospital, limita-se aos serviços relacionados ao estabelecimento empresarial:

> *A responsabilidade objetiva para o prestador de serviço, prevista no art. 14 do CDC, na hipótese de tratar-se de hospital, limita-se aos serviços relacionados ao estabelecimento empresarial, tais como estadia do paciente (internação e alimentação), instalações, equipamentos e serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia).*
>
> *Se o dano decorre de falha técnica restrita ao profissional médico, que não possui qualquer vínculo com o hospital – seja de emprego ou de mera preposição – não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar a vítima.*
>
> *Ausente vínculo entre o profissional causador do dano e a operadora de plano de saúde, em razão da contratação em caráter exclusivamente particular, não se pode imputar a esta a responsabilidade pelo ilícito para o qual não contribuiu de nenhuma maneira.* RECURSO ESPECIAL Nº 1.733.387 - SP (2015/0189446-2)

Ocorre que, referido entendimento acerca da responsabilidade objetiva é excetuado pelo mesmo dispositivo legal, à luz do § 4º, (artigo 14), *in verbis*:

> *Art. 14 – (...)*
>
> *(...)*
>
> *§ 4º - A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.*

Portanto, em suma, mister ressaltar a distinção entre a responsabilidade objetiva *versus* subjetiva:

Na responsabilidade objetiva, a obrigação é de indenizar, sem apuração da culpa, portanto, sem espaço para verificação se o profissional atuou com negligência, imperícia ou imprudência.

Já na responsabilidade subjetiva: a culpa será apurada. Será verificado, portanto, se esse profissional agiu com negligência, imperícia ou imprudência.

1 I DA RESPONSABILIDADE NA RELAÇÃO MÉDICO PACIENTE COMO PAUTA DOS TRIBUNAIS

A responsabilidade civil adotada pelo Código de Defesa do Consumidor é a objetiva,

ou seja, independe de culpa ou dolo.

Em seus artigos 12, 13, 14, 18, 19 e 20, o CDC expõe claramente essa responsabilidade objetiva, inclusive solidária, entre os fornecedores de produto e os prestadores de serviço.

A única exceção constante na codificação é a relacionada aos profissionais liberais (no caso, médicos) que prestam serviço, já que somente respondem mediante prova de culpa (responsabilidade subjetiva).

Pois, a tal ponto, questiona-se:

E o que vem ser essa responsabilidade? Qual a diferença entre responsabilidade objetiva e responsabilidade subjetiva, quando tratamos da culpa do profissional da saúde?

A culpa quando se fala do profissional da saúde

A atividade do profissional da saúde é de meio e não de resultado. A medicina é uma ciência inexata. A medicina trabalha, inclusive, com certos fatores de ordem biológica que não se controla. Você tem possibilidades, chances, percentuais. Trata-se de corpo humano. Por isso que ao ler uma bula de remédio, há relato de efeitos colaterais. Isso significa que tais efeitos colaterais ocorrerão em todos que tomam o medicamento? Não, pois trata-se de uma possibilidade, trata-se de uma estatística.

Então, claramente que em linhas gerais, a medicina é conceituada como atividade de meio e não de fim. Isso porque o médico não pode se comprometer com o resultado. Seja com o resultado de uma cirurgia, seja com o resultado de um tratamento, seja com o resultado de um procedimento.

Mas, há exceções! Em uma parcela da Medicina a jurisprudência (os Tribunais de Justiça) entendem como sendo atividade fim (de resultado). Ex.: cirurgia plástica estética, tratamentos dermatológicos estéticos, etc.

Assim, os médicos que fazem a atividade estética, por exemplo, comprometem-se com o resultado e, caso não o cumpram, serão responsabilizados por isso.

De modo geral, a medicina, por ser uma ciência inexata, depende de apuração acerca da responsabilização médica, ou seja, apuração se este profissional realmente incorreu em negligência, imperícia ou imprudência, para que somente após, caso confirmado, lhe seja atribuída a culpa pelo suposto erro médico cometido.

Imprescindível trazer à baila de que o dever de indenizar do médico advém da responsabilidade civil subjetiva, qual seja, aquela ensejadora da culpa, nas modalidades de imprudência, negligência ou imperícia.

No mais, importante consignar que entre o profissional médico e seus pacientes se institui uma obrigação de meio, a qual demanda que o profissional atue com cuidado objetivo, a empregar os meios necessários com diligência, seguir os protocolos hospitalares, contudo, sem nunca lhe ser obrigado ao êxito nos procedimentos, dado que a medicina não

é uma ciência exata, e que em razão disso, os resultados gerados aos pacientes não estão adstritos à aptidão médica.

Segundo as lições de *Petroucic* e *Funes* [2]*:*

> *"Dentro do assunto responsabilidade civil, sabe-se que existem três elementos constitutivos para que haja interesse em pleitear indenização. São eles a conduta de ação/omissão, nexo causal, dano e, nos casos de responsabilidade subjetiva, um quarto elemento que é dolo ou culpa (imperícia, imprudência e negligência). No caso dos médicos, a teoria adotada pelo Código Civil Brasileiro é a subjetiva, ou seja, é necessária a comprovação dos quatro elementos citados. Portanto,* ***a culpa médica se classifica pela conduta omissiva ou comissiva do profissional imprudente, negligente ou imperita que causa dano ao paciente"***

Pertine consignar que o E.STJ pacificou o entendimento de que a responsabilidade civil do profissional médico enseja a verificação de culpa com fundamento ao disposto artigo 14, § 4º, do CDC:

> *RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. PENSIONAMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. PROFISSIONAL MÉDICO. TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. CULPA CONFIGURADA. NEGLIGÊNCIA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. CABIMENTO. NEXO DE CAUSALIDADE. PRONTUÁRIO MÉDICO. PREENCHIMENTO. OMISSÃO. PRESSUPOSTO ATENDIDO. DEVER DE CUIDADO E DE ACOMPANHAMENTO. VIOLAÇÃO DEMONSTRADA. TEORIA DA CAUSALIDADE ADEQUADA. APLICAÇÃO.* ***3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça encontra-se consolidada no sentido de que a responsabilidade civil dos profissionais médicos depende da verificação de culpa (art. 14, § 4º, do CDC). Aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva. Precedentes.*** *(REsp 1698726/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/06/2021, DJe 08/06/2021)*

Por fim, infere-se que, quando da existência do resultado danoso, este somente se tornará obrigação em indenizar, dada a imputação pela responsabilidade civil do profissional médico, se comprovada a existência de nexo de causalidade entre a conduta médica adotada e o resultado danoso, ou seja, configuração de culpa em *stricto sensu*.

2 | DA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS PARA A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SOLIDÁRIA DO NOSOCÔMIO

A princípio, o nosocômio tem o dever objetivo de indenizar.

Antes de adentrar aos fatos, é imprescindível a análise quanto a problemática referente à eventual responsabilidade do Correquerido (hospital), pelo suposto erro praticado pelo médico Requerido.

2 PETROUCIC, M. Z. *Da Responsabilidade Civil*. 2008. Disponível em: Acesso em: 27 mar. 2014.

Para analisar de que forma os hospitais e outros estabelecimentos respondem por erros médicos, é preciso, antes de tudo, conceituar tal evento.

Da responsabilidade objetiva, extrai-se o seguinte entendimento: é quando eu não vou ter espaço para apurar a culpa. Eu não vou ter espaço para verificar se alguém foi negligente, imprudente ou imperito. Nesse caso, há a responsabilização direta. Pode-se dar como exemplo, a responsabilidade do Estado, pois ela é objetiva. Assim, como a responsabilidade do hospital, como pessoa jurídica, ela também é objetiva. O hospital tem como prerrogativa o ressarcimento. Isso quer dizer que se o hospital for responsabilizado por um determinado erro que aconteceu nas suas dependências, ele poderá regressar contra aquele que causou tal dano.

Longe de ser um mero rigor técnico, a delimitação precisa do erro médico é essencial para os desdobramentos do tipo de responsabilidade assumida por cada um.

Nesta senda, tem-se que a responsabilidade dos estabelecimentos de saúde pode decorrer, em suma, de três tipos de atos: extra médicos, paramédicos e essencialmente médico. Os quais podem ser assim definidos:

- O primeiro deles é o *ato extra médico*, que corresponde aos serviços assistenciais/hospitalares propriamente ditos, inerentes a hospedagem ou assistência prestada ao paciente. Envolvem o dever de fornecer acomodação adequada, alimentação, conforto, manutenção e funcionamento regular dos equipamentos, etc. Havendo dano causado por defeito em ato extra médico, a responsabilidade do estabelecimento é objetiva, ou seja, dispensa a comprovação de que houve culpa no evento.

- Os *atos paramédicos* são aqueles praticados pela enfermagem e outros profissionais de saúde, auxiliares ou colaboradores, sob orientação médica (aplicação de injeções, curativos, controle de temperatura, etc.). Os danos decorrentes destes atos ensejarão responsabilidade objetiva do estabelecimento apenas se a obrigação assumida for de resultado (exemplo do enfermeiro que não troca fraldas de paciente, lhe causando infecção). Se o ato paramédico indicar obrigação de meio (exemplo do paciente que tem a cicatrização de ferimento retardada por suposta imperícia do técnico de enfermagem que lhe aplica os curativos), será preciso demonstrar a culpa do agente no evento danoso.

- O último tipo consiste nos *atos essencialmente médicos*, que são **praticados exclusivamente por profissionais da medicina**, pois exigem formação e conhecimento médicos. Em 2013, com a promulgação da Lei nº 12.842, o legislador definiu quais atividades são privativas do médico. O dano causado por defeito neste tipo de ato pode ser caracterizado como erro médico.

Assim sendo, observando que no conceito de erro médico há o elemento culpa, não

é possível impor ao estabelecimento de saúde a responsabilidade objetiva pelos danos sofridos nestas situações. A atuação culposa do profissional integra a causa de pedir da pretensão indenizatória, de modo que será sempre necessário comprovar que houve negligência, imprudência, ou imperícia do profissional (responsabilidade subjetiva).

Antes de mais nada, é essencial que se verifique qual foi a conduta praticada e sobre qual prisma este ato ocorreu, se foi extra médico, paramédico ou essencialmente médico.

Certo é que, seja pela aplicação da responsabilidade subjetiva, seja pela necessidade de se demonstrar o defeito no serviço ou o nexo causal, a responsabilidade do estabelecimento de saúde por erro médico nunca poderá ocorrer sem a devida comprovação da culpa.

Não obstante, observando a relação hospital *versus* paciente, temos que a obrigação do hospital no seu atendimento ao paciente, gize-se, é de meio e não de resultado.

Notório que a responsabilidade objetiva do hospital é manter a adequada prestação médico-hospitalar, qual seja, atendimento adequado, internações, exames, disponibilidade de profissional médico, equipe de enfermagem, estada com acomodação em boas condições, etc.

Neste contexto, Já se encontra pacificado o entendimento exarado pela 2ª, 3ª e 4ª Turmas do C. STJ de que a responsabilidade objetiva para o prestador de serviço, prevista no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, na hipótese de tratar-se de hospital, limita-se aos serviços relacionados ao estabelecimento empresarial, tais como estadia do paciente (internação e alimentação), instalações, equipamentos e serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia).

Consecutivo ao entendimento de que, se o dano decorre de falha técnica, restrita ao profissional médico, que não possui qualquer vínculo com o hospital, não cabe ao nosocômio a obrigação de indenizar a vítima.

Outrossim, assevera-se que a locação da infraestrutura e a marcação de consultas por recepcionistas não são suficientes para ampliar a responsabilidade imputada ao hospital, quando da atuação técnica exclusiva do profissional de saúde, que atuou em caráter particular na cirurgia do paciente

Em decisão publicada no DJe em 18/05/2018, de relatoria da D. Ministra NANCY ANDRIGHI, em julgamento do RECURSO ESPECIAL Nº 1.733.387 - SP (2015/0189446-2), têm-se em seu Voto as seguintes ponderações:

> ***RECURSO ESPECIAL Nº 1.733.387 - SP (2015/0189446-2)***
>
> *EMENTA RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO. CIRURGIA DE VASECTOMIA REALIZADA POR NEGLIGÊNCIA MÉDICA. PROCEDIMENTO CONTRATADO ERA APENAS*

DE RETIRADA DE FIMOSE. HOSPITAL E OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. CONFIGURADA. QUANTO AO MÉRITO INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO DE SUBORDINAÇÃO ENTRE O MÉDICO E O HOSPITAL. CONTRATAÇÃO PARTICULAR DA CIRURGIA SEM VÍNCULO COM O PLANO DE SAÚDE. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA EXCLUSIVA DO MÉDICO CIRURGIÃO. DANO MORAL. ARBITRAMENTO. EXORBITÂNCIA OU IRRISORIEDADE. NÃO VERIFICADAS. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. READEQUAÇÃO.

1. Ação ajuizada em 08/03/05. Recurso especial concluso ao gabinete da Relatora em 09/08/17. Julgamento: CPC/73.

2. O propósito recursal consiste em definir: i) a legitimidade passiva para a causa de hospital e operadora de plano de saúde; ii) a configuração de dano material e moral indenizável; iii) os limites da responsabilidade do hospital, da operadora e do médico, em razão de erro médico na cirurgia de paciente; iv) a revisão do valor da compensação por danos morais no particular.

3. Ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais, ajuizada por paciente que se submeteu à cirurgia de retirada de fimose, mas foi surpreendido durante sua execução com a equivocada cirurgia de vasectomia.

4. As condições da ação são averiguadas de acordo com a teoria da asserção, razão pela qual, para que se reconheça a legitimidade passiva ad causam, os argumentos aduzidos na inicial devem possibilitar a inferência, em um exame puramente abstrato, de que o réu pode ser o sujeito responsável pela violação do direito subjetivo do autor.

5. A responsabilidade objetiva para o prestador de serviço, prevista no art. 14 do CDC, na hipótese de tratar-se de hospital, limita-se aos serviços relacionados ao estabelecimento empresarial, tais como estadia do paciente (internação e alimentação), instalações, equipamentos e serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia).

6. Se o dano decorre de falha técnica restrita ao profissional médico, que não possui qualquer vínculo com o hospital – seja de emprego ou de mera preposição – não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar a vítima.

7. Ausente vínculo entre o profissional causador do dano e a operadora de plano de saúde, em razão da contratação em caráter exclusivamente particular, não se pode imputar a esta a responsabilidade pelo ilícito para o qual não contribuiu de nenhuma maneira.

8. A argumentação tecida pelo médico-recorrente de inexistência de dano ao paciente – inclusive destacando trechos do laudo pericial que, em tese, amparam sua pretensão – encontra óbice na Súmula 7/STJ, pois inadmissível em recurso especial a revisão de fatos e provas que atestaram os danos de ordem material e moral, decorrentes do erro médico na realização da cirurgia contratada.

9. Em relação ao valor arbitrado pelo Tribunal de origem a título de compensação por danos morais, a jurisprudência desta Corte orienta que apenas em hipóteses excepcionais, em que configurado evidente exagero ou irrisoriedade da quantia, o recurso especial seria a via adequada para nova fixação excepcional. Circunstâncias não verificas na hipótese concreta.

10. Recurso especial interposto pelo médico e pelo paciente conhecido e não

provido. Recurso especial interposto pelo hospital e pela operadora de plano de saúde conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, negar provimento aos recursos especiais interpostos por Fábio Queiroz Rangel e Claudinei Roseno Pereira e dar provimento ao recurso interposto por Hospital e Maternidade Vida's Ltda e Outro, nos termos do voto do (a) Sr (a). Ministro (a) Relator (a). Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 15 de maio de 2018 (Data do Julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI.

Ainda, sobre o tema, prossegue V. Acórdão sustentando que:

<u>Esses dados de ordem fática, contudo, não são suficientes para ampliar a responsabilidade ao nosocômio, afinal: i) o dano foi causado ao paciente única e exclusivamente por negligência do médico, que deixou de realizar a cirurgia correta; ii) o dano não decorreu de nenhum serviço de atribuição da entidade hospitalar; iii) não há vínculo de subordinação do médico ao hospital, a fazer incidir a responsabilidade por ato de preposto (art. 932, do CC); iv) a locação da infraestrutura e a marcação de consultas por recepcionistas não são suficientes para caracterizar verdadeira ingerência (seja por interesse na execução do serviço, seja por ordem hierárquica) na atuação técnica exclusiva do profissional de saúde, que atuou em caráter particular na cirurgia do paciente</u>. De igual modo, não se identifica razão para condenar a operadora de plano de saúde na espécie, pois o atendimento se deu em caráter particular, por escolha livre e consciente do médico urologista responsável pela condução do tratamento

(...)

Na hipótese dos autos, trata-se de atuação exclusivamente particular do profissional de saúde que tão somente alugou as dependências do nosocômio para realizar sua atividade em caráter privado e autônomo, sem qualquer interferência na eleição do procedimento cirúrgico dispensado ao paciente. A responsabilidade, então, recai apenas sobre o efetivo e direto causador do dano, o médico cirurgião.

E mais:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.621.375 - RS (2016/0221376-0)

EMENTA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL, CIVIL E DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO DE DANOS MORAIS. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

NÃO OCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. FALHA E/OU MÁ-PRESTAÇÃO DE SERVIÇO HOSPITALAR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL. SÚMULA 7/STJ. JUROS DE

MORA. TERMO INICIAL. DATA DA CITAÇÃO.

1. Ação ajuizada em 20/08/2007. Recurso especial concluso ao gabinete em 25/08/2016. Julgamento: CPC/73.

2. O propósito recursal é i) determinar se o hospital, ora recorrente, deve ser responsabilizado por suposta falha na prestação de serviços, decorrente de complicações no parto, que ocasionaram sequelas de caráter permanente na filha da recorrida e, consequentemente, se deve ser condenado à compensação dos respectivos danos morais; e ii) na hipótese de se entender pela condenação do recorrente, definir o termo inicial dos juros de mora.

3. Inexistentes os vícios de omissão, contradição ou obscuridade no acórdão recorrido, e estando esse devidamente fundamentado, não se caracteriza a violação dos arts. 131, 165, 458, II, e 535, I e II, do CPC/73.

4. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados, não obstante a oposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial.

5. A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação dos médicos que neles trabalham ou são ligados por convênio, é subjetiva, dependendo da demonstração da culpa. Assim, não se pode excluir a culpa do médico e responsabilizar objetivamente o hospital. Precedentes.

6. A responsabilidade objetiva para o prestador do serviço prevista no art. 14 do CDC, na hipótese do hospital, limita-se aos serviços relacionados ao estabelecimento empresarial, tais como à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos e serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia). Precedentes.

7. Alterar o decidido pela Corte local, na hipótese dos autos, no que concerne à ocorrência de falha, defeito e má-prestação dos serviços atribuíveis e afetos única e exclusivamente ao hospital, demandaria o reexame de fatos e provas dos autos, inviável a esta Corte, em virtude da aplicação da Súmula 7/STJ.

8. O termo inicial dos juros de mora, na responsabilidade contratual, é a data da citação, nos termos do art. 405 do CCB.

9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, por unanimidade, conhecer em parte do recurso especial e, nesta parte, dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 19 de setembro de 2017 (Data do Julgamento)

MINISTRA NANCY ANDRIGHI

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça estabelece que a responsabilidade objetiva dos hospitais não é absoluta, afinal, o estabelecimento hospitalar responde

objetivamente pelos danos causados aos pacientes toda vez que o fato gerador for defeito do seu serviço, sendo, assim, indiscutível a imprescindibilidade do nexo causal entre a conduta e o resultado.

No mais, a Terceira Turma do C. STJ foi unânime em concluir que se o dano decorre de falha técnica restrita ao profissional médico, que não possui qualquer vínculo com o hospital – seja de emprego ou de mera preposição – não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar a vítima.

A aplicação do entendimento do C. STJ, além de garantir a segurança jurídica se dá por força do Código de Processo Civil, *in verbis:*

> *Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.*

O artigo 926 do CPC trata, então, da uniformização de jurisprudência. E reflete, desse modo, uma tendência do Novo Código de Processo Civil de dar maior destaque à atividade judiciária, através da menção não apenas à jurisprudência, mas também aos precedentes.

O artigo 489, Novo CPC, em seu parágrafo 1º, assim, dispõe que qualquer decisão judicial não será fundamentada se deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedentes invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Ante, sobretudo, a necessidade de adequação das decisões judiciais à jurisprudência dos tribunais, é imprescindível, também uma adequação dessas. É necessário, portanto, mantê-la estável, íntegra e coerente, conforme a redação do artigo 926, CPC.

Tal questão encontra pacificada por nosso E. Tribunal, através dos Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC, *in verbis:*

> *380. (arts. 8º, 926, 927) A expressão "ordenamento jurídico", empregada pelo Código de Processo Civil, contempla os precedentes vinculantes. (Grupo: Precedentes, IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência)*
>
> *453. (arts. 926 e 1.022, parágrafo único, I) A estabilidade a que se refere o caput do art. 926 consiste no dever de os tribunais observarem os próprios precedentes. (Grupo: Precedentes, IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência)*
>
> *454. (arts. 926 e 1.022, parágrafo único, I) Uma das dimensões da coerência a que se refere o caput do art. 926 consiste em os tribunais não ignorarem seus próprios precedentes (dever de autorreferência). (Grupo: Precedentes, IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência)*
>
> *455. (art. 926) Uma das dimensões do dever de coerência significa o dever de não-contradição, ou seja, o dever de os tribunais não decidirem casos análogos contrariamente às decisões anteriores, salvo distinção ou superação. (Grupo: Precedentes, IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência)*

456. (art. 926) Uma das dimensões do dever de integridade consiste em os tribunais decidirem em conformidade com a unidade do ordenamento jurídico. (Grupo: Precedentes, IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência)

457. (art. 926) Uma das dimensões do dever de integridade previsto no caput do art. 926 consiste na observância das técnicas de distinção e superação dos precedentes, sempre que necessário para adequar esse entendimento à interpretação contemporânea do ordenamento jurídico. (Grupo: Precedentes, IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência)

No que concerne à coerência, por sua vez, explicitam os Enunciados 454 e 455 do FPPC que se trata não apenas de os Tribunais observar seus precedentes, mas também de não os ignorar. Ou seja, enquanto a estabilidade refere-se a um aspecto ativo da decisão, a coerência veda um aspecto omissivo ao dispor sobre o dever de autorreferência e de não-contradição, salvo quando há distinção ou superação.

A despeito da integridade, enfim, o FPPC dispõe se tratar de um dever de conformidade à unidade do ordenamento jurídico, nele também compreendidos os precedentes, observando-se também as técnicas de distinção e superação dos precedentes, conforme os Enunciados 380, 456 e 457.

Em consonância aos entendimentos exarados pelos nossos Tribunais Pátrios pertine ainda consignar que, quanto ao cadastro que os hospitais normalmente mantêm de médicos que utilizam suas instalações para a realização de cirurgias, não ser o suficiente para caracterizar relação de subordinação entre o profissional médico e hospital. Na verdade, tal procedimento representa um mínimo de organização empresarial, conforme segue, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. NEGLIGÊNCIA. INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. 1. A doutrina tem afirmado que a responsabilidade médica empresarial, no caso de hospitais, é objetiva, indicando o parágrafo primeiro do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor como a norma sustentadora de tal entendimento. Contudo, a responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, mormente quando este não tem nenhum vínculo com o hospital seja de emprego ou de mera preposição, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar. 2. Na hipótese de prestação de serviços médicos, o ajuste contratual vínculo estabelecido entre médico e paciente refere-se ao emprego da melhor técnica e diligência entre as possibilidades de que dispõe o profissional, no seu meio de atuação, para auxiliar o paciente. Portanto, não pode o médico assumir compromisso com um resultado específico, fato que leva ao entendimento de que, se ocorrer dano ao paciente, deve-se averiguar se houve culpa do profissional teoria da responsabilidade subjetiva. No entanto, se, na ocorrência de dano impõe-se ao hospital que responda objetivamente pelos erros cometidos pelo médico, estar-se-á aceitando que o contrato firmado seja de resultado, pois se o médico não garante o resultado, o hospital garantirá. Isso leva ao seguinte

> *absurdo: na hipótese de intervenção cirúrgica, ou o paciente sai curado ou será indenizado daí um contrato de resultado firmado às avessas da legislação. 3. O cadastro que os hospitais normalmente mantêm de médicos que utilizam suas instalações para a realização de cirurgias não é suficiente para caracterizar relação de subordinação entre médico e hospital. Na verdade, tal procedimento representa um mínimo de organização empresarial. 4. Recurso especial do Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda. provido (STJ - REsp: 908359 SC 2006/0256989-8, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 27/08/2008, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: --> DJe 17/12/2008)*

Nesta senda, quando há uma demanda judicial em face do médico e por consequência, em face do hospital, arguindo o autor da ação, responsabilidade objetiva, existem algumas considerações a serem exaradas:

Primeiro ponto:

I. O médico responsável pela realização do procedimento cirúrgico possui **vínculo empregatício ou de subordinação** com o hospital onde se realizou a cirurgia?

II. **Há menção, pelo autor da ação, acerca de má prestação do serviço hospitalar?** Entende-se por prestação do serviço hospitalar (tudo aquilo que não está ligado ao ato médico em si), ou seja, os serviços relacionados ao estabelecimento empresarial, tais como, acomodação do paciente (internação e alimentação), centro cirúrgico equipado, realização de exames, acompanhamento do corpo de enfermagem, etc.

III. O dano ocorrido se deu, exclusivamente, por erro médico, ou seja, **ato exclusivamente praticado pelo médico?**

Acerca desse contexto apresentado, se esclarece:

> *Se o dano decorre de falha técnica restrita ao profissional médico, que **não possui qualquer vínculo com o hospital, seja vínculo empregatício ou de subordinação,** não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar a vítima.*

Ou seja, se o médico não está vinculado ao corpo clínico do hospital. E acrescento mais, médicos que atuam apenas em regime de plantão, também tem o hospital sua responsabilidade objetiva afastada.

Assim, caso haja a comprovação de culpa do médico e, portanto, a patente responsabilidade subjetiva, é necessário averiguar se o hospital responde solidariamente pelo defeito no serviço prestado por aquele profissional a partir da análise da relação jurídica e do vínculo de subordinação mantida entre eles.

Não tendo o médico nenhuma vinculação com o hospital, nem empregatícia e nem de preposição, não cabe atribuir àquele a obrigação de indenizar em razão do mero exercício da prática médica nas suas dependências.

> *Se os fatos narrados em exordial fazem menção a* ***atos exclusivamente médicos praticados****, sem qualquer menção à má prestação dos serviços hospitalares, não há motivos para condenar o hospital.*

Segundo julgamento do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 908.359, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça afastou a responsabilidade objetiva dos hospitais pela prestação de serviços defeituosos realizados por profissionais que nele atuam sem vínculo de emprego ou subordinação. Consta da ementa deste caso que (…) *a responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital. Nas hipóteses de dano decorrente de* ***falha técnica restrita ao profissional médico****, mormente quando este não tem nenhum vínculo com o hospital – seja de emprego ou de mera preposição –,* ***não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar****.* (…)

Na maioria das ações ajuizadas pelos pacientes, eles pleiteiam indenização por ato praticado pelo médico e admitem (até mesmo na descrição dos fatos da peça), não ter havido problemas com a prestação dos serviços hospitalares, o que acarreta no afastamento de sua responsabilidade objetiva.

Da mesma maneira:

> *Se o dano foi causado ao paciente única e exclusivamente por* ***negligência do médico****, a responsabilidade, então, recai apenas sobre o causador do dano, no caso, o médico.*

Em relação a eventual irregularidade aferida na conduta técnica e profissional do médico, caberá exclusivamente a este indenizar o paciente no caso de condenação advinda em razão da existência de dano, desde que fique comprovada a culpa (subjetiva) no seu proceder.

Infere-se, pois, que uma ideia prematura nos remete à ideia de suposta responsabilização do hospital, concomitantemente, com o ato praticado pelo médico.

Ocorre que, segundo entendimento do próprio STJ, nem sempre o hospital será condenado a indenizar, ainda que o ato tenha incorrido em suas dependências.

Assim, é cediço que se os elementos caracterizadores da responsabilidade civil não estiverem preenchidos, não há que se imputar ao nosocômio a obrigação de indenizar.

Por via oblíqua, tem-se afastada a responsabilidade solidária e o dever de indenizar.

3 I DA RESPONSABILIDADE CIVIL SOLIDÁRIA DOS MÉDICOS, HOSPITAIS, CLÍNICAS, PLANOS DE SAÚDE E SUS (SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE)

Relembrando o conceito de responsabilidade solidária

Responsabilidade solidária ou solidariedade passiva ocorre quando for possível ao credor exigir o cumprimento integral da obrigação de apenas um ou de todos os devedores.

Legitimidade passiva

A legitimidade passiva refere-se àquele que irá figurar no processo como réu, ou seja, aquele que "será processado".

Nas ações que envolvem o Direito Médico, é importante que se demande corretamente, em face daquele que deverá figurar o polo passivo, sob pena do juiz de Direito extinguir o processo sem resolução de mérito.

A legitimidade é de ordem pública e pode ser apreciada, de ofício, a qualquer tempo ou grau de jurisdição sem que ocorra preclusão.

A legitimação ativa indica quem é o autor ou autores da demanda. É aquele ou são aqueles que proporão a ação judicial. É/são aqueles titulares do direito, isto é, aquele ou aqueles que foram atingidos pelo ato lesivo, ou seja, pelo erro médico.

A legitimação passiva será atribuída ao responsável pela lesão, no caso, o profissional da saúde ou pessoas jurídicas a quem se atribui a responsabilidade pela lesão também.

O sistema do Código de Defesa do Consumidor tem como fundamento a responsabilidade objetiva, decorrente da simples colocação no mercado de determinado produto ou prestação de serviço. Assim, o consumidor poderá demandar em face de todos os participantes da cadeia de responsabilidade que culminou com a circulação do produto no mercado, ou que tenham colaborado na prestação do serviço defeituoso.

3.1 Relação médico hospital

Se o médico for empregado do hospital, sócio-cotista, ou integrante do corpo clínico, o hospital será solidariamente responsável pelos atos culposos do seu preposto.

> *Responsabilidade civil. Erro médico. Esquecimento de corpo estranho no organismo da paciente em cesárea. Responsabilidade do Hospital. Cerceamento de defesa. 1. Já decidiu a Corte que o Juiz pode e deve apreciar a necessidade da produção de prova. Todavia, configura cerceamento de defesa se o hospital é impedido de provar, na cobertura do art. 14, § 3º, II, do Código de Defesa do Consumidor, a culpa exclusiva de terceiro, no caso, a médica responsável pela cirurgia, que com ele não mantém relação de emprego. 2. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, 3ª T., Resp 419026/DF, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 26.10.2004, DJ 21.02.2005, p. 169.*

3.2 Médico que utiliza as dependências do hospital sem vínculo com o nosocômio – locação de centro cirúrgico

Médico autônomo que loca centro cirúrgico: manutenção de corpo clínico aberto descaracteriza o vínculo de prestação?

Diante dessa situação, o juiz verificará se existe algum tipo de subordinação entre o médico e o hospital – e se há manobra no sentido de ocultar tal condição. A participação, no ato cirúrgico, do pessoal de enfermagem do próprio hospital; o fato de o médico manter consultório no interior do nosocômio; a participação em escala de plantão, no atendimento de urgência do hospital; a utilização do nome do médico em material de propaganda do hospital – são indícios que devem ser verificados, dentre outros.

O hospital responde pelos atos médicos dos profissionais que o administram (diretores, supervisores etc.), e dos médicos que sejam seus empregados.

O hospital não responde quando o médico simplesmente utiliza as instalações do hospital para a internação e tratamento dos seus pacientes.

Médicos que integram o quadro clínico, mas não são assalariados:

a) o paciente procurou o hospital e foi atendido por integrante do corpo clínico, ainda que não empregado, responde solidariamente o hospital pelo ato culposo do médico; (art. 932, III, CC);

> *"É presumida a culpa do patrão ou* comitente - que ou aquele que incumbe alguém, mediante o pagamento de uma comissão, de executar certos atos em seu nome e sob sua direção e responsabilidade - *pelo ato culposo do empregado ou preposto".* (Súmula 341 do STF)

b) o doente procura o médico, e este o encaminha à baixa (internação) no hospital. Nesse caso, o contrato é com o médico e **o hospital não responde pela culpa do médico**, ainda que pertença ao seu quadro clínico, mas responderá pela má prestação dos serviços hospitalares que lhe são afetos.

<u>MUITO IMPORTANTE:</u>

O médico responderá pelos danos ocasionados em decorrência da sua própria atuação. Pela atuação dos funcionários, ou pela falha de algum equipamento, responderá o hospital. Se não for possível delimitar a responsabilidade, ambos – médico e hospital – respondem solidariamente.

Não há responsabilidade solidária na seguinte hipótese: o médico utiliza as dependências do hospital para suas intervenções cirúrgicas. O profissional não mantém nenhuma espécie de vínculo com o estabelecimento. Os custos da utilização correram por conta do paciente. Após o ato cirúrgico, constata-se o dano – de modo algum imputável ao pessoal auxiliar pertencente ao hospital, tampouco aos equipamentos ou instalações

postos à disposição do cirurgião.

3.3 Operadoras do plano de saúde médico - solidariedade

As operadoras de planos de saúde e os médicos a elas vinculados respondem, solidariamente, diante dos danos causados pelo profissional.

3.4 Quando os atendimentos clínicos e acompanhamento com o profissional médico ocorrem exclusivamente em clínica particular

No caso em que o paciente contrata o profissional médico e não o hospital para a realização de certo procedimento, embora entenda-se pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor, esta se dá de forma distinta, já que, nesse contexto, o médico se utilizaria das instalações do nosocômio, não podendo o hospital ser responsabilizado por eventual erro médico, porquanto, inexistindo nexo de causalidade entre o serviço contratado e o erro do profissional liberal.

Há ainda um ponto a ser relevado no caso: além dos atendimentos serem prestados em clínica particular, os que são relacionados ao hospital, tal como realização de exames, não estão vinculados à boa ou má conduta do profissional contratado pelo paciente.

Nesta senda, a responsabilidade do hospital, gize-se, restringe-se aos serviços de instalação, exames e enfermagem, pois não há vínculo de subordinação entre ele e o profissional médico, de modo que, se cogitada a responsabilidade do hospital, eventualmente será estritamente subjetiva no caso.

A responsabilidade objetiva dos hospitais não é absoluta, afinal, o estabelecimento hospitalar responde objetivamente pelos danos causados aos pacientes toda vez que o fato gerador for o defeito do seu serviço, sendo, ainda assim, indiscutível a imprescindibilidade do nexo causal entre a conduta e o resultado.

Na hipótese de tratar-se de atuação exclusivamente particular do profissional de saúde que tão somente alugou as dependências do nosocômio para realizar sua atividade em caráter privado e autônomo, sem qualquer interferência na eleição do procedimento cirúrgico dispensado ao paciente, a responsabilidade então se recai apenas sobre o efetivo de direto causador do dano, o médico cirurgião.

3.5 Responsabilidade civil do sus, união, estados, distrito federal, municípios, hospitais e médicos conveniados

Quando se trata de hospital público – ou ligado à autarquia integrada à estrutura de qualquer das pessoas jurídicas de direito público interno[3] – tem-se aplicado a responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco administrativo.

---

3 Pessoa Jurídica de Direito Público Interno: São a União, os estados, o Distrito Federal e os territórios, os municípios, as autarquias e as demais entidades de caráter público criadas por lei.

Exige-se apenas a relação de causalidade entre a atividade administrativa, desempenhada pelo Estado e consubstanciada na conduta do agente – e o dano causado a terceiros.

Os hospitais conveniados ao SUS prestam serviço público, realizam atividade típica da administração, como se Estado fossem – e por isso respondem de igual modo. Os hospitais conveniados respondem solidariamente com o SUS.

Observação: Tem-se decidido também que - Não demonstrada a responsabilidade subjetiva do médico que realizou o serviço, afasta-se o dever de reparar atribuído ao Estado.

Sendo o atendimento ao paciente realizado através do convênio com o Sistema Único de Saúde – SUS, cabe ao Poder Público, a total responsabilidade pelo tratamento do usuário.

No mais, caso haja algum contrato firmado de prestação de serviço entre o Poder Público com entidade privada (Ex.: Irmandades) e, não sendo objeto desse contrato, o fornecimento de especialidade médica de que o paciente necessite para determinado fim, caberá ao ente público encaminhá-lo para instituições de referência na região, através da Central de Regulação de Oferta de Serviços de Saúde – CROSS.

Neste sentido tem sido o entendimento do E. STJ (Superior Tribunal de Justiça), cujo entendimento se amolda no fato de a responsabilidade civil do Estado não estar fundada em erro médico, mas sim na indisponibilidade de leitos em UTI ou UCO na rede pública, o que atrairia a legitimidade passiva *ad causam* da União.

Em se tratando de pretensão de indenização por ausência de suporte médico especializado e de leitos de UTI na região da residência do paciente, a União, como parte integrante do SUS, coordena-o nacionalmente, financiando-o, auditando-o, controlando-o e avaliando-o por diversos instrumentos normativos, portanto, eventual lesão decorrente da prestação do serviço público relacionado ao SUS, em tese, pode desencadear a responsabilidade da União.

> *AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.573.744 - SC (2015/0313406-1) RELATOR : MINISTRO SÉRGIO KUKINA AGRAVANTE : VILSON DO NASCIMENTO ADVOGADOS : DÉVON CORRÊA DOS SANTOS NELSON JOÃO SOUZA FILHO E OUTRO (S) AGRAVADO : UNIÃO DECISÃO Trata-se de agravo regimental, interposto por Vilson do Nascimento, contra decisão que deu provimento ao recurso especial da União, sob o fundamento de que a jurisprudência desta Corte tem asseverado que "A União Federal não é parte legítima para figurar no polo passivo de ação ajuizada para o ressarcimento de danos decorrentes de erro médico praticado em hospital privado credenciado pelo SUS. Isso porque, de acordo com o art. 18, inciso X, da Lei n. 8.080/90, compete ao município celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como controlar e avaliar sua execução". Irresignada, a parte agravante sustenta que o precedente invocado*

não se amolda ao caso concreto, porque a responsabilidade civil do Estado não está fundada em erro médico, mas sim na indisponibilidade de leitos em UTI ou UCO na rede pública, o que atrairia a legitimidade passiva ad causam da União. É o relatório. De fato, a indenização pretendida não está fulcrada em erro médico, mas na demora na prestação de serviços vinculados ao SUS, possibilidade que afasta o precedente indicado na decisão ora agravada. Portanto, melhor compulsando os autos, exercendo o juízo de retratação facultado pelo arts. 557, § 1º, do CPC e 259 do RISTJ, reconsidero o mencionado decisum, tornando-o sem efeito. Passo novamente à analise do recurso. Trata-se de recurso especial interposto pela União com fundamento no art. 105, III, a, da CF, desafiando acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado (fl. 355): ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. FALHA EM ATENDIMENTO PRESTADO NO ÂMBITO DO SUS. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. 1. Consoante precedentes do TRF4, cabe ao hospital a responsabilidade por danos decorrentes de atos próprios, motivo pelo qual impossível estender-se à União eventual dever de indenizar por erro médico praticado por profissionais da entidade hospitalar. 2. Em se tratando de pretensão de indenização por ausência de suporte médico especializado e de leitos de UTI na região da residência a situação é diversa, pois a União, como parte integrante do SUS, coordena-o nacionalmente, financiando-o, auditando-o, controlando-o e avaliando-o por diversos instrumentos normativos. 3. Eventual lesão decorrente da prestação do serviço público relacionado ao SUS, em tese, pode desencadear a responsabilidade da União. 4. Apelação acolhida, determinando-se o retorno dos autos à origem para a adequada instrução processual. Opostos embargos declaratórios pelas partes, foram rejeitados (fls. 378/379). Nas razões do recurso especial, a parte agravante alega violação aos arts. 267, IV, 535, II, do CPC; 16, 17, e 18, I, IV e V, da Lei n.º 8.080/90; 265 do CC/02; e 10 do Decreto-Lei nº 200/67. Para tanto, argumenta que "a União não possui legitimidade passiva nas ações de indenização por suposta falha em atendimento médico ocorrida em hospital privado credenciado ao SUS" (fl. 400). É o relatório. Ao solucionar a controvérsia, o acórdão recorrido asseverou (fls. 353/): O fato central alegado pelo autor na presente ação diz com o atraso na disposição de leito em UTI (Unidade de Terapia Intensiva) ou UCO (Unidade Coronariana) cadastrados no Sistema Único de Saúde - SUS, fator que teria sido, segundo defende, causador de sequelas físicas (encurtamento de membro inferior) e início de seus problemas de ordem psicológica, além de ter gerado prejuízos de ordem econômica como gastos com estacionamento e fotocópias de prontuários médicos e relatório de internamento. Não se trata, no presente caso, de erro médico praticado em hospital federal, ou sofrido por paciente do SUS - hipóteses que, a teor da jurisprudência dominante nesta Casa, não induzem necessariamente à legitimidade passiva da União e à competência do Juízo Federal (AG 200304010560003, Rel. Des. Fed. LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON, TRF4 - TERCEIRA TURMA, 27/07/2005). Porém, cuidando-se de disponibilização de leitos de UTI/UCO pelo SUS, é possível de se caracterizar a faute du service - falha no serviço público de prestação de assistência à saúde, direito garantido pelo art. 6º da CF/88. Sendo este o quadro, tenho que a União deve integrar o feito, na medida em que tal providência faz parte das políticas sociais de promoção à saúde, insertas na Constituição Federal e atribuídas às esferas federal, estadual e municipal. [...] Dessa maneira, deve ser afastada a ilegitimidade passiva da União, reconhecendo- se a competência da Justiça Federal para o julgamento do caso, com o retorno dos autos à origem para adequada instrução processual. Como se vê, o Tribunal de origem, ao decidir

a questão, amparou-se em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer um deles apto a manter inalterado o acórdão recorrido. Portanto, a ausência de interposição de recurso extraordinário atrai a incidência da Súmula 126/STJ (É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário.). Nesse mesmo sentido: AgRg no AREsp 126036/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 7/12/2012; AgRg no AREsp 206.733/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 5/12/2012. Ante o exposto, reconsidero a decisão de fls. 438/441 e, com fulcro no art. 557, § 1º-A, do CPC, e nego seguimento ao recurso especial, nos termos da fundamentação acima. Publique-se. Brasília, 15 de março de 2016. MINISTRO SÉRGIO KUKINA Relator (STJ - AgRg no REsp: 1573744 SC 2015/0313406-1, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Publicação: DJ 28/03/2016).

3.6 Existência de caso fortuito ou força maior, culpa exclusiva da vítima ou de terceiro – ausência de nexo causal

Caso fortuito/força maior

Pertine consignar que o Código Civil (lei10.406 de 10 de janeiro de 2002) não faz distinção entre os institutos, adotando a seguinte definição:

> *Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.*
>
> *Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.*

Quanto às diferenças, de maneira breve e simples, podemos dizer que o caso fortuito é o evento que não se pode prever e que não podemos evitar.

Já os casos de força maior seriam os fatos humanos ou naturais, que podem até ser previstos, mas da mesma maneira não podem ser impedidos. Por exemplo, os fenômenos da natureza, tais como tempestades, furacões, raios, etc. ou fatos humanos como guerras, revoluções entre outros.

Para o doutrinador Flávio Tartuce, o caso fortuito se caracteriza como evento totalmente imprevisível e a força maior como evento previsível, mas inevitável.

Na prática e no dia a dia dos tribunais o que se denota é que a jurisprudência não tem se debruçado sobre a distinção entre *caso fortuito* e *força maior*, unificando os institutos.

Cabe ressaltar que o tema é bastante polêmico e a doutrina possui diversos conceitos para cada um deles ou para os dois quando considerados expressões sinônimas.

Caso fortuito e *força maior* podem ser entendidos como tudo que está alheio ao

comportamento e vontade das partes, ocorrendo sem a sua interferência e que impeça o cumprimento de obrigação anteriormente pactuada.

Na prática, poderemos citar, como exemplo de exclusão do nexo de causalidade, fatos alheios à vontade humana, talvez previsíveis, mas inevitáveis:

O médico está realizando uma cirurgia, começa uma tempestade muito forte, a energia é interrompida e o gerador do hospital não funciona. Paciente vai à óbito. Exclusão de culpa do médico por *caso fortuito* e *força maior*.

Portanto, para que haja o dever de reparar o suposto dano cometido, deve haver **uma conduta culposa, um nexo causal e um resultado danoso**. Então, ainda que tenha havido o resultado danoso, se não houver ligação entre eles, não será caracterizada a responsabilidade civil com o dever de indenizar.

O nexo de causalidade pode ser atingido pela excludente de responsabilidade, elidindo, assim, o dever de indenizar, ante a imprevisibilidade dos efeitos do fato.

3.7 Fuga do hospital e morte do paciente

Nesses casos, a ênfase recai sobre a existência ou não de defeito na prestação do serviço paramédico (enfermagem) e extramédico (vigilância). Em casos assim, a análise do juiz volta-se à tarefa de verificar a existência, ou não, de culpa exclusiva da vítima.

Há de se considerar a justificativa da vigilância.

O paciente não é obrigado a permanecer no hospital para tratamento médico. Principalmente, quando não apresenta quadro clínico grave.

Obs.: No hospital psiquiátrico há dever de guarda.

3.8 Alcoolismo

Internação compulsória (dever de impedir a fuga).

Internação voluntária (não há dever de impedir a fuga).

3.9 Homicídio de paciente no interior do hospital, cometido por terceiros estranhos ao nosocômio

Não há responsabilidade civil do hospital. Culpa exclusiva da vítima "por pertencer à quadrilha".

3.10 Responsabilidade civil do anestesiologista

Anestesiologia é especialidade com autonomia científica e técnica. Quando o anestesiologista atua em equipe, a divisão do trabalho é horizontal. Não há subordinação ao cirurgião. O anestesiologista detém atribuições específicas, sem sujeição hierárquica. Por isso, inexiste, em princípio, solidariedade passiva entre cirurgião e anestesiologista, em

caso de comprovada culpa deste último, pela singela razão de inexistir subordinação entre ambos os especialistas.

Em casos excepcionais, poderá haver corresponsabilidade do cirurgião-chefe, quando lhe era dado controlar ou evitar certas ocorrências ligadas à anestesia – e não o fez. Exemplifica-se com a realização da cirurgia sem que o anestesista disponha de medicação ou aparelho cuja falta expõe o paciente a risco.

Esclareça-se que essa responsabilidade conjunta, de ambos os médicos, não equivale a uma responsabilidade coletiva: existe no seio da equipe uma área de competência comum, obrigação geral de diligência e prudência, mas a responsabilidade de cada um continua a ser pessoal, relativamente às próprias obrigações.

O anestesiologista (ou anestesista-reanimador, como é chamado na França) é o médico responsável pela sedação e analgesia do paciente, a fim de que o ato cirúrgico – ou determinados procedimentos invasivos – se realizem. Vencido o ato cirúrgico, ao anestesiologista incumbe fazer com que a paciente readquira plena consciência, percepção e movimentos normais.

Ao anestesiologista se aplicam, inteiramente, as regras que orientam a aferição da culpa, utilizadas nas demais especialidades médicas. No exame da culpa, compara-se a conduta do anestesiologista demandado – que hipoteticamente deu causa ao dano – com o comportamento que outro profissional, com a mesma especialidade, teria adotado, nas mesmas circunstâncias. O modelo é o bom profissional, o especialista médio, comum, nem o herói, nem o superdotado, tampouco o desclassificado, preguiçoso, desidioso, descuidado, ignorante.

Prepondera conclusão segundo a qual a anestesiologia se enquadra na regra genérica das obrigações de meio. Isto porque, embora o anestesiologista obedeça estritamente à melhor conduta e observe com fidelidade os preceitos científicos que regem esta prática, nunca poderá garantir o resultado, tampouco eliminar riscos e complicações.

Isso porque, a reação do paciente à anestesia – desde que não provocada por falha técnica, instrumental, imperícia, imprudência ou negligência do especialista – amolda-se ao figurino da responsabilidade subjetiva, aquiliana. Sobrevindo dano, a demonstração da culpa ficará a cargo do autor da demanda indenizatória, posto configurar-se iniludível (cristalino) obrigação de meio. RESOLUÇÃO CFM N° 1.802/2006 – dispõe sobre a prática do ato anestésico).

3.11 Recusa ou retardamento no atendimento a paciente

Em termos de responsabilidade:

Responsabilidade objetiva: hospital;

Responsabilidade subjetiva: equipe médica de plantão;

Responsabilidade objetiva: Estado – Município – Distrito Federal – Plano de Saúde.

3.12 Erro de diagnóstico

Pode-se definir diagnóstico como o conjunto de atos médicos com a finalidade de reconhecer, identificar e interpretar sinais característicos da doença, para estabelecer a terapêutica adequada e necessária à obtenção da cura.

Quando as conclusões do médico não condizem com a realidade, ocorre erro médico.

Prognóstico, em Medicina, é conhecimento ou juízo antecipado, prévio, feito pelo médico, baseado, necessariamente, no diagnóstico médico e nas possibilidades terapêuticas, acerca da duração, da evolução de uma doença ou quadro clínico sob seu cuidado ou orientação. É predição (antevisão, antecipação) médica de como doença x paciente irá evoluir, e se há e quais são as chances de cura.

A palavra *anamnese* significa 'trazer de volta à mente todos os fatos relacionados com a doença e com a pessoa do doente', a 'reconstituição dos fatos e dos acontecimentos direta ou indiretamente relacionados com uma situação anormal da vida do paciente" (PORTO, Celmo Celeno. Exame clínico. 2. ed. Rio : Guanabara-Koogan, 1992, p. 29. In: TJSC, Ap. Cív. 97.011957-7, rel. Des. Silveira Lenzi, j. 15.02.2000).

Portanto, delicada é a questão do diagnóstico.

À luz do Direito, o que deve ser analisado não é o erro de diagnóstico em si, mas se o médico teve culpa no modo pelo qual procedeu ao diagnóstico.

Deve-se indagar se o profissional recorreu, ou não, a todos os meios a seu alcance para a investigação do mal, desde as preliminares auscultações até os exames radiológicos e laboratoriais, tão tecnicamente e cientificamente desenvolvidos nos dias atuais, mas, frisa-se, nem sempre acessíveis a todos os profissionais.

Impõe-se verificar, ainda, se em busca da cura da doença diagnosticada, foram aplicados os remédios e tratamentos indicados pela ciência e pela prática.

O diagnóstico não é só conhecimento técnico, mas também experiência, análises e conclusões pessoais.

O diagnóstico deve ser o resultado de uma elaborada investigação de informações sobre os sintomas, sinais e indícios necessários para o caso em estudo. No mais, as informações continuam a fluir de modo contínuo durante o lapso temporal em que a enfermidade não se agrava.

Quando o diagnóstico se revela equivocado e sobrevém o dano ao paciente, incumbirá ao julgador deliberar se o erro poderia ser, ou não, considerado escusável.

A culpa poderá ser identificada nas fases da atividade médica:

- Diagnóstico;
- Prognóstico;
- A escolha e a execução da terapia.

Assim poderá ocorrer: 1. Diagnóstico errado e consequente terapia errada; 2. Diagnóstico correto e escolha errada da terapia; 3. Diagnóstico correto, escolha apropriada da terapia, mas execução errada do trabalho; 4. Terapia inadequada, por prognóstico errado.

Imperioso ressaltar que, o médico que se equivoca ao diagnosticar não é, em princípio, responsável por seu erro, salvo quando este seja crasso ou inescusável.

O diagnóstico errôneo não se torna imputável quando foram tomadas as precauções necessárias e não se pode identificar ignorância do médico em sua conduta.

Não é dado exigir-se do médico demandado conhecimentos excepcionais, mas sim os meios consentâneos (apropriados) ao critério de normalidade.

DA FALTA DE ARRIMO JURÍDICO PARA A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Incabível se concretiza a concessão *da inversão do ônus da prova,* em todos os casos nos quais há a presença de consumidor, haja vista de que respectiva inversão somente é possível quando há a inequívoca demonstração da hipossuficiência técnica ou a verossimilhança das alegações de respectivo consumidor.

No âmbito das relações consumeristas, a *inversão do ônus da prova*, tem sido tratada com inquestionável descuido, haja vista que o Código de Defesa do Consumidor não conceder, imoderadamente, a inversão do ônus, mas sim, e somente, quando houver verossimilhança das alegações, ou quando o consumidor for hipossuficiente, como se infere do art. 6.º, inciso VIII, do CDC.

Ora, tem-se observado casos em que o consumidor não tem corroborado em apresentar documentos que comprovem suas alegações, tais como qualquer orçamento, declaração, fatura, ou outro elemento comprobatório, sendo incabível, por conseguinte, que haja inversão do ônus de prova.

Quando o processo se encontra ausente da mínima comprovação do alegado e de demonstração da patente impossibilidade de produção de prova pelo consumidor é que há a incidência da inversão do ônus da prova.

A inexistência de demonstração, por parte do consumidor, de quaisquer elementos probatórios, demonstra a inexistência de verossimilhança.

Assim, sem necessidade de se delongar em tais fatos, é inequívoco que em tais casos não se mostrava crível a concessão das benesses ínsitas no artigo 6.º, inciso VIII, do CDC, devendo o consumidor, por consequência, estar adstrito ao seu ônus processual, como preconiza o art. 373, inciso I, do CPC, "ipsis litteris":

Conclui-se que a mera alegação de que houve relação consumerista não é fundamento suficiente para que, por si só, haja a inversão do ônus da prova, razão pela qual, não tendo sido demonstrada a verossimilhança das alegações ou hipossuficiência técnica, recair ao próprio consumidor a responsabilidade de provar os fatos constitutivos de seu direito.

Dessa forma, cabe ao consumidor apontar os fatos e arrolar elementos de prova de que caracterizem o erro médico, a fim de fazer jus à inversão do ônus da prova. Ao médico, recai o dever de demonstrar que adotou a conduta adequada para o caso, cabendo o ônus da prova da culpa ("lato sensu") recair sobre o paciente.

Portanto, caso o autor da ação não demonstre quanto a verossimilhança do alegado em exordial, ainda que este adveio de um ato ilícito praticado pelos Requeridos (médico/ hospital), a ele recairá a obrigação de provar o possível fato constitutivo de seu direito, sob a exegese do artigo 373, I, do CPC.

No mais, imprescindível trazer à baila o entendimento, acerca do posicionamento do Conselho Federal de Medicinal quanto essa relação consumerista (médico/paciente).

1 | QUAL É A NATUREZA JURÍDICA EXISTENTE ENTRE MÉDICO E PACIENTE?

Segundo **CFM** (Conselho Federal de Medicina), referida Autarquia evidencia, não somente por meio de artigos, como também por meio do Código de Ética e através de Resoluções, que a natureza dessa relação (médico/paciente) não é consumerista.

O CFM entende que não se pode comercializar a relação médico/paciente, portanto, não há que se pensar numa ideia de consumo.

Entretanto, o Judiciário tem pensado de maneira diferente e também aplicado, inclusive, como consequência, as normas do Código de Defesa do Consumidor com as especificidades de relação entre pessoas, ou seja, relação intersubjetiva.

Contudo, essa ideia, exaurida pelo Judiciário, está condicionada a sujeição do Código de Defesa do Consumidor, com aplicabilidade da responsabilidade subjetiva, ou seja, para culpabilizar um profissional médico é preciso que se caracterize uma das três modalidades de culpa (negligência, imperícia ou imprudência), sendo essa, a única exceção constante na codificação, já que relacionada aos profissionais liberais que prestam serviço.

DA JUDICIALIZAÇÃO NO BRASIL – DIREITO MÉDICO

Ao longo dos anos temos observado um crescente aumento de ações ajuizadas em face de médicos, hospitais, clínicas médicas e convênios médico. Normalmente são ações indenizatórias que o paciente (requerente da ação) ajuíza sob a alegação de erro médico cometido.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) apontou que entre 2008 e 2017, o número de demandas judiciais relativas à saúde registrou um aumento de 130%, conforme revela a pesquisa “Judicialização da Saúde no Brasil”. No mesmo período, o número total de processos judiciais cresceu 50%. O levantamento foi divulgado em 18/03/2021.

A *BBC News* aponta que, referente às ações por erro médico, há uma soma de 70 novas ações por dia no país. https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45492337

Esse número é alarmante, tanto em relação à proteção da saúde humana, quanto à proteção dos profissionais da medicina.

Afinal, a abertura de um processo disciplinar ou judicial não significa que o médico tenha incorrido em erro. No entanto, frente aos futuros pacientes e à sociedade, a imagem do profissional pode ficar manchada. Por isso, imprescindível que se conheça a principais **causas** das demandas judiciais, as **normatizações** da sua profissão e a maneira como **proteger sua imagem**.

Diante disso, indaga-se: Por que os médicos sofrem processos judiciais?

Antes de mais nada, imprescindível consignar a definição de *erro médico*, segundo definição do Conselho Federal de Medicina:

> *“Erro médico é o dano provocado no paciente pela ação ou omissão do médico, no exercício da profissão, e sem a intenção de cometê-lo. Há três possibilidades de suscitar o dano e alcançar o erro: imprudência, imperícia e negligência. (…) É a conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica capaz de produzir um dano à vida ou à saúde de outrem.”*

Portanto, o erro médico é definido como um defeito na prestação de serviço que causa dano ao paciente. Segundo o CREMESP, os processos contra médicos são motivados por acusações como:

- Negligência, imperícia ou imprudência (60,3%)
- Problemas na relação médico-paciente (9,5%)
- Faltas éticas na relação entre médicos (5,7%)
- Publicidade médica (4,7%)

Ou seja, o erro médico ocorre quando o dano provocado advém da imprudência, da negligência ou imperícia em que não houve a intenção de cometê-lo. Porém, há de

se ressaltar que se o médico realizou todo o procedimento corretamente, seguiu os protocolos emanados pelo próprio Conselho de Medicina, tomou as precauções adequadas e providenciou ao paciente o melhor tratamento possível, ainda que tenha existido o dano, esse não pode ser caracterizado como erro médico.

Não é porque houve o dano (como por exemplo, a morte de um paciente) que o médico incorreu em erro. Se ele seguiu todos os protocolos e agiu com perícia, não há porque ser responsabilizado.

Para que então ocorra a condenação de um médico ou um profissional da saúde, é importante que se exista esse erro.

Reitera-se que as modalidades de erro se assentam em negligência, imperícia ou imprudência cometida, como já explanado.

PROCESSOS CONTRA MÉDICOS: COMO SE PROTEGER?

No Brasil, a cada hora, são abertos três processos contra médicos. Em mais da metade dos casos, os profissionais são considerados culpados. Por isso, a necessidade de proteger a imagem desse profissional, bem como da clínica ou hospital onde atuam. Destarte, existem práticas que aumentam essa segurança.

Tais práticas devem ser tidas como foco, em prol da saúde, da profissão e da carreira. Afinal, mesmo que seja absolvido de um processo, um médico acusado de errar em algum procedimento poderá perder rapidamente sua credibilidade. Fala-se muito em saúde preventiva. Falaremos sobre **gestão preventiva!**

Algumas práticas que ajudam a evitar processos contra médicos são:

1 I MANTER O PRONTUÁRIO COMPLETO E SEGURO

O Código de Defesa do Consumidor estabelece dois critérios para que o prestador de serviço não seja responsabilizado por danos causados.

O primeiro deles é que se comprove que não existe defeito no serviço prestado.

O segundo critério é que se prove a culpa exclusiva do consumidor (paciente) ou de terceiros (outro médico ou estabelecimento, por exemplo).

Ou seja, o médico deve provar que não causou prejuízo ao paciente ou que o prejuízo existente é culpa do próprio paciente ou de outro profissional.

É isso que aponta o artigo 14, § 3º do CDC – **fato do serviço**:

> *§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:*
>
> *I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;*
>
> *II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.*

Em caso de processo judicial, caso você precise se defender, como faria?

Provavelmente, o primeiro documento que você procuraria seria o prontuário do paciente.

Agora, imagine se, exatamente no atendimento que gerou o processo, você tivesse esquecido de anotar alguma informação. Por exemplo: você tem certeza que prescreveu determinado medicamento e que o paciente se negou a usar, mas, quando lê o prontuário, percebe que não há o registro da prescrição.

O paciente que se nega em usar um determinado medicamento prescrito ou se nega em seguir um tratamento recomendado, acaba sendo um desafio comum nos atendimentos entre os médicos. Por isso, deve ser registrado.

Aliás, todas as condutas médicas devem ser registradas, de forma clara e precisa. No tópico “Prontuário eletrônico: leis, segurança e melhores práticas médicas” mostraremos a importância de registrar as informações do atendimento e arquivá-los com segurança.

2 I ESTABELECER BOA RELAÇÃO MÉDICO-PACIENTE

O avanço tecnológico da medicina trouxe consigo a transformação, ao menos gradual, da relação médico-paciente. Se, antes, a relação possuía caráter paternalista, sacerdotal, atualmente, as relações são mais contratuais.

Há um contrato de confidencialidade, de prestação de serviço e, muitas vezes, de cura.

Ocorre que, a nova abordagem à relação entre médico e paciente caracteriza-se, como interpretação majoritária da doutrina do Direito, como sendo de consumo. Por isso, é definida e amparada pelos limites do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Assim, o CDC define nessa relação de consumo o paciente, como consumidor e o médico, clínica, hospital, como fornecedor do serviço e/ou produto.

> *Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.*
>
> *Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.*

Já o fornecedor é definido da seguinte forma:

> *Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.*

Com isso, toda pessoa física (médico) ou jurídica (clínica ou hospital) que realize atendimentos, estarão enquadrados como prestador de serviços, devendo cumprir as disposições do CDC.

3 I OBTER E ARQUIVAR UM TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO

O termo de consentimento informado é um documento que possibilita ao paciente a manifestação expressa de sua vontade em consentir com a realização de determinado procedimento, após esclarecimento prestado pelo médico, assegurando-lhe o direito de decisão quanto ao tratamento proposto pelo profissional responsável.

Exemplo: Documento de “Consentimento Informado e Esclarecido” para realização

de cesariana a pedido.

Conforme o Código de Ética Médica no seu Capítulo IV e V

É vedado ao médico:

Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

Art. 24. Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.

Art. 31. Desrespeitar o direito do paciente ou de se representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

Art. 32. Deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente.

DOCUMENTO DE "CONSENTIMENTO INFORMADO E ESCLARECIDO"
PARA REALIZAÇÃO DE CESARIANA A PEDIDO

1. Identificação da paciente (representante legal)

NOME:..IDADE:.........................

ENDEREÇO:...

TELEFONE:... CIC:...

REGISTRO HOSPITALAR:...

RG:...

Eu acima identificada, na condição de paciente/representante ou de responsável legal pelo paciente estando no pleno gozo de minhas faculdades mentais,

AUTORIZO o doutor (a)

Dr.(a) ____

CRM nº____

a realizar o parto cesariana, desde que o procedimento ocorra a partir da 39ª semana de gestação, definida, preferencialmente, por exame ultrassonográfico, e devidamente registrada em prontuário.

Este procedimento cirúrgico me foi explicado de forma clara, tendo sido orientado quanto aos seus benefícios, riscos, complicações potenciais e alternativas possíveis, tendo podido fazer perguntas que foram respondidas satisfatoriamente.

Estou ciente de que, para realizar o procedimento acima especificado será necessário emprego de anestesia, cujos métodos, técnicas e fármacos anestésicos serão de indicação exclusiva do médico anestesista, estando ciente dos riscos e benefícios do procedimento anestésico.

Estou ciente de que poderá ser necessária a atenção especializada do recém-nascido, que será realizada por médico pediatra.

Fui informada e entendi que existem indicações precisas quanto à necessidade de se realizar uma cesariana que deverá ficar a critério do médico, as mais comuns são: sofrimento do feto (bebê), desproporção entre o tamanho do feto (bebê) e o canal do parto, posição anormal do feto (o bebê pode estar sentado ou não posicionado de cabeça para baixo), descolamento prematuro da placenta, pacientes que já se submeteram a 2 duas ou mais cesarianas anteriores, ser portadora do vírus da AIDS (algumas situações), placenta prévia e assim por diante.

Fui informada que podem ocorrer hemorragias por atonia uterina (falta de contração do útero)

podem levar em situação na qual a equipe médica pode decidir que seja necessária uma intervenção de emergência para a retirada do útero para a sua contenção, mesmo em uma mulher jovem e que deseje mais filhos, com o fim de preservar a vida da paciente.

Estou ciente que mesmo com todos os cuidados de assepsia, infecções podem ocorrer, acarretando aumento do período de internação e, em casos extremamente raros, trazer complicações mais sérias. Poderá haver a necessidade da retirada do útero para conter a progressão de uma infecção grave, mesmo em uma mulher jovem é que ainda deseje ter mais filhos, com o fim de preservar a vida da paciente.

Fui esclarecida que durante a cesariana, temos ainda a possibilidade de lesão da bexiga, que demandará uso de sonda vesical por período variável de alguns dias e eventual formação de fístulas, que consistem em uma abertura entre a bexiga e o útero e que, porventura, irão demandar em tratamento cirúrgico posterior para sua correção.

Estou ciente que cirurgia implicará em riscos específicos além dos riscos gerais inerentes a todos os procedimentos médicos e hospitalares, tais como infecções respiratórias e alérgicas, podendo ser necessário o uso de equipamentos de suporte (respirador mecânico e outros).

Fui esclarecida de que, como em todo o procedimento cirúrgico, existe um risco excepcional de morte, derivado do próprio procedimento (mais raro) ou da situação vital da paciente que gerou a necessidade da cesariana (menos raro), e que, em longo prazo, poderão existir hérnias e/ou aderências intra-abdominais.

Desta cirurgia resultará em uma cicatriz visível que poderá ser transversal ou longitudinal ao meu corpo dependendo da indicação médica para tal, levando-se em conta o risco e a urgência no momento da realização da cirurgia, sendo impossível prever-se o resultado estético.

Estou ciente que no período pós-operatório, há a possibilidade rara de complicações, tais como: problemas respiratórios, embolia pulmonar, trombose, abertura da incisão (corte), aderências pós-operatórias (situação essa em que um órgão pode aderir em outro, eventualmente dificultando alguma cirurgia futura), inflamações em abscessos (formação de pus) entre outros, sendo que, se isto eventualmente ocorrer, será necessário submeter-me a acompanhamento médico e tratamento especifico por um período que não se pode precisar.

Também fui informada de que a realização de parto cesáreo na ausência de trabalho de parto está associada a uma maior ocorrência de desconforto respiratório no recém-nascido.

Estou ciente ainda de que na próxima gestação, haverá maior risco de ruptura uterina, acretismo placentário, hemorragia pós-parto como consequência desta cirurgia.

Estou ciente ainda que, em respeito ao princípio ético da autonomia, do qual resulta que cada pessoa é livre de tomar as decisões que achar melhor para si, dentro dos limites, ética e TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO PARA PROCEDIMENTO CIRÚRGICO-**CESARIANA A PEDIDO** juridicamente aceitáveis, previstos nos artigos 22 e 24 do Código de Ética Médica, e na premissa, de que a decisão da paciente resulta de uma deliberação informada e de uma escolha esclarecida. O princípio da autonomia requer que o médico respeite a vontade do paciente ou do seu representante, assim como seus valores morais e crenças, e pressupões conhecimentos e informação, sendo que me foram esclarecidos todos os dados sobre os procedimentos relativos a cesariana a pedido e parto via vaginal pelo médico citado acima e a **CESARIANA** foi por mim considerada a melhor opção, entre as alternativas relacionadas.

Declaro que esta minha decisão não foi influenciada por meu médico ou terceiros.

Assim, se na evolução do quadro de saúde, minha vida ficar em risco, ou do meu bebê, estou ciente de que serão adotados os procedimentos médicos e hospitalares recomendáveis, na tentativa de afastar a risco de morte apurado. Por livre iniciativa autorizo que o **PARTO CESARIANA** seja realizado da forma como foi exposta no presente termo, inclusive quanto aos procedimentos necessários para tentar solucionar as situações imprevisíveis e emergenciais, as quais serão conduzidas de acordo com

o julgamento técnico do médico acima autorizado e a equipe, para sejam alcançados os melhores resultados possíveis, através dos recursos conhecidos da Medicina disponíveis no local onde se realiza o tratamento.

Certifico que este termo me foi explicado e que o li, ou que foi lido para mim e que entendi todo o seu conteúdo, **AUTORIZANDO** a realização do procedimento.

Cidade____________de___________________________de____________.

(Nome e assinatura do(a) responsável) pelo(a) paciente, assinatura e RG do responsável).

No caso de pacientes menores, ou que tenham responsáveis legais, ou não possam assinar este documento.

Testemunho que este documento foi assinado pela pessoa acima identificada:

1) ____

(nome, assinatura e RG da testemunha)

2) ____

(nome, assinatura e RG da testemunha)

PREENCHIMENTO MÉDICO

CONFIRMO que expliquei para o paciente e/ou seu(s) familiar(es), ou responsável(eis), o propósito, os riscos, os benefícios e acima descritos para seu parto, em face de sua situação clínica, e de seus antecedentes, bem como a importância de que as informações acima fornecidas sejam corretas e verdadeiras.

____

Nome completo e legível do Médico / assinatura / carimbo / DEPARTAMENTO DE GINECOLOGIA E OBSTETRÍCIA

"*CONSENTIMENTO INFORMADO E ESCLARECIDO*"

Documento elaborado por Dr. José Higino Ribeiro dos Santos Junior – médico devidamente inscrito junto ao CRM 80719.

4 | REGISTRAR AS DECISÕES DO PACIENTE

Principalmente, quando ele não seguir suas indicações.

5 | EVITAR ATENDER POR TELEFONE

Ressalva-se aqui, a *telemedicina*. O atendimento por telefone normalmente não tem registro das orientações.

O LIMITE DA DIVULGAÇÃO DO TRABALHO MÉDICO

Fato é que estamos a enfrentar uma era de inovação, de acesso às informações de uma forma desenfreada e isso não pode ser ignorado.

Tanto a Medicina quanto o Direito, ambos têm se atentado a isso.

Mas lembrem-se, não é fácil se estabelecer regras e limites.

Existe uma linha muito tênue entre o que pode e o que não pode ser feito, principalmente no que diz respeito à divulgação e propaganda praticadas pelo médico.

O Código de Ética Médico, por exemplo, é expresso ao estabelecer regras de conduta ética, de coibição do sensacionalismo e divulgação de imagem do paciente.

Não significa dizer que o médico não poderá divulgar seu trabalho. Pelo contrário, ele pode e deve fazer seu *marketing*, ainda mais nesse mundo digital que estamos a viver.

Ocorre é que, na prática, observamos vários erros de postagens e comunicação por meio das redes sociais, principalmente *Instagram* e *Whatsapp*.

E o que isso pode trazer como consequência? PROCESSOS: tanto na esfera administrativa, perante o próprio Conselho, quanto na esfera judicial.

Já sabemos, portanto, que o *marketing* médico é um tema muito importante para quem quer se destacar no mercado, principalmente, no momento em que vivemos de acirrada concorrência, mas cuidado, há limites nessa divulgação.

A Resolução do CFM impõe alguns limites – resolução mais recente: 2217/2018 (a qual entrou em vigor em 2019 – que trata do Código de Ética Médica).

Então vamos lá, eu trago para vocês as perguntas mais frequentes acerca desse tema:

→1. **Posso usar as fotos dos pacientes para a divulgação?**

Esse é um ponto muito importante. Até o momento o Conselho se posicionou vedando essa prática de expor o paciente, pois sempre entendeu que mesmo com autorização do próprio paciente não se pode divulgar as imagens dele.

Contudo, há entendimento de decisão judiciária em que há a permissão dessa divulgação, mas o Conselho Federal de Medicina se opõe a isso.

Ainda é um tema muito discutível.

Vale trazer ao conhecimento que em julho de 2019 o Conselho Federal de Medicina publicou um comunicado a respeito de uma decisão judicial.

Em referida decisão, por meio de liminar, o juiz liberou a divulgação de imagens de pacientes do tipo “antes e depois”.

Imediatamente o CFM, se manifestou. Em nota:

> *Conselho Federal de Medicina (CFM), publicou em 08/07/2019, um comunicado a respeito da decisão **liminar da 2ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal (SJDF)**, que libera a divulgação de imagens de pacientes do tipo antes e depois.*
>
> *No documento, a autarquia destaca a sua atribuição legal de disciplinadora do exercício da profissão, prevista na Lei nº 3.268/1957, enfatizando que a decisão liminar representa interferência externa nas prerrogativas legais dos conselhos de medicina e que ela vale apenas para um único caso, ou seja, não é extensiva aos outros médicos.*

Nesse caso específico, observem que houve uma contradição entre o Conselho de Medicina e o Judiciário, mas foi um caso específico. De modo geral, não se deve divulgar imagens.

Todavia, o que o médico deve ter em mente ao realizar divulgações, são os seguintes pontos:

Na divulgação, deve-se levar em conta o caráter de <u>esclarecimento e educação</u> da sociedade. Não se pode ter na divulgação um caráter sensacionalista, nem promocional (lembrem-se: o corpo humano não é objeto, não é coisa). Este entendimento está em consonância à Resolução 2217/2018 do CFM, artigos 111 e 112.

Em suma: divulgar o ***antes e depois*** pode, desde que não haja identificação do paciente (sua privacidade não pode ser ferida).

Uma determinada técnica cirúrgica, por exemplo, você pode divulgá-la, desde que se preserve a identidade do paciente. Mesmo que haja autorização do próprio paciente, não se pode divulgar sua identidade.

→ 2. <u>É vedada a divulgação de procedimento não reconhecido cientificamente?</u>

A resposta a essa pergunta parece óbvia, mas acreditem, existem muitos profissionais que divulgam procedimento como se reconhecidos cientificamente fossem.

Segundo CFM, por meio da Resolução 2217/2018:

> É vedado ao médico:
>
> ***Art. 113.*** *Divulgar, fora do meio científico, processo de tratamento ou descoberta cujo valor ainda não esteja expressamente reconhecido cientificamente por órgão competente.*

Não é incomum nos depararmos com divulgações nesse sentido.

Por exemplo: procedimento *PRP – Plasma Rico em Plaquetas*. Assim, o médico divulga esse trabalho, de cunho estético e com a promessa de resultado de rejuvenescimento.

O profissional, normalmente cirurgião plástico ou dermatologista (porque se trata de um procedimento estético), faz aplicações no rosto do paciente utilizando o sangue do próprio paciente.

Aqui no Brasil esse procedimento ainda não é reconhecido.

Em nota, a Associação Brasileira de Hematologia (ABHH) já se posicionou acerca do tema:

> *O Plasma Rico em Plaquetas (PRP) é uma terapia considerada experimental pelo Conselho Federal de Medicina (CFM). A ABHH reitera o posicionamento do CFM e reforça que o PRP não possui evidências científicas suficientes para a sua utilização e nem de sua eficácia, podendo trazer riscos à saúde do paciente. O profissional que utilizar este procedimento está sujeito a sanções legais estabelecidas pela legislação brasileira e pelo Conselho Federal de Medicina.*

Então, referida divulgação totalmente vedada.

Portanto, à luz da Resolução do CFM nº 1.974/2011:

> *O Médico não pode envolver-se com anúncios de produtos ou informações sem rigor científico*;

Nesse ponto, pertine alguns apontamentos, principalmente no que se refere a questão da pandemia (protocolos e medicamentos utilizados) – flexibilização. Explica-se:

Nessa questão, é possível notar algumas providências que modularam a atuação do médico. Algumas condutas que antes eram vedadas, ou que não eram recomendadas num cenário de normalidade e passaram a ser admitidas e contribuíram para flexibilizar as exigências em relação à atuação do profissional.

Tomemos como exemplo a pandemia ocasionado pelo coronavírus que assolou o mundo como um todo.

Por razões óbvias, isso não quer dizer que a pandemia, por si só, irá eximir a responsabilidade do médico (e demais profissionais) na sua atuação, mas, é possível afirmar que a pandemia contribuiu para um relaxamento na exigibilidade de determinadas condutas.

A lei 13.989, de 15 de abril de 2020 pode ser citada como flexibilização das exigências em relação à atuação do médico. A lei autorizou o exercício da *telemedicina* durante o período da pandemia, relativizando a essencialidade do contato presencial com os pacientes. É um exemplo da resposta do Direito à necessidade de adaptar a atuação do médico aos novos tempos.

Outra providência que merece destaque na atuação do médico durante a pandemia é uso *off label* de medicamentos (medicamentos liberados pela Anvisa para outras indicações ou uso compassivo de medicamentos [1] - medicamento ainda experimental que não está disponível comercialmente, não liberado pela Anvisa.

Em casos de doenças novas como a Covid-19, sobre a qual ainda não há tratamento

---

1 *A execução de um Programa de Uso Compassivo consiste em disponibilizar um medicamento por razões compassivas, a um grupo de doentes e que não possam ser satisfatoriamente tratados com um medicamento autorizado.*

disponível, a postura do médico no enfrentamento da doença também pode ser diferente. Em alguns casos será admissível atitudes mais arriscadas no intuito de salvar o paciente.

Assim, o profissional pode chegar à conclusão de que diante o risco de morte, e do desconhecimento sobre o caminho mais seguro, possa decidir e tomar uma atitude positiva em usar um medicamento não testado adequadamente e adotar novas condutas, realizar mudança de protocolos.

Certo é que não há como negar que a situação atual é extraordinária e pode admitir uma atuação do profissional distinta da que adotava em tempos de normalidade.

→ **3. <u>Cuidado com promessa de resultado:</u>**

A RESOLUÇÃO CFM nº 2.126/2015 - Altera as alíneas "c" e "f" do art. 3º, o art. 13 e o anexo II da Resolução CFM nº 1.974/11 (é uma resolução base para publicidade médica).

Portanto, a promessa de resultado vincula o médico à atividade-fim e não meio.

Imprescindível a diferenciação entre atividade-fim e atividade-meio.

Como já explanado, em linhas gerais, a Medicina é caracterizada pela atividade-meio, ou seja, por não ser uma Ciência exata, o médico não pode prever 100% o resultado do procedimento pretendido.

Contudo, há exceções: na área estética, por exemplo, ao realizar um procedimento estético, significa dizer que o profissional se comprometeu com o resultado. Então, muito cuidado! Cirurgiões plásticos, dermatologistas, principalmente: conversem com seus pacientes, expliquem que o corpo humano tem limitações. Expliquem a respeito de cicatrizes, queloides, tipo de pele, etc.

Em termos jurídicos, ter tido a atividade desempenhada pelo médico e caracterizada como atividade-fim, significa que a sua responsabilidade independe de prova de culpa, já que essa culpa já é presumida. Mas lembrem-se, essa NÃO é a regra geral!!!

Lembrando: como regra, a obrigação do médico é de meio, e por essas razões, incumbe ao paciente provar a inexecução da obrigação assumida pelo médico, face à conduta culposa (negligência, imprudência ou imperícia).

Já na obrigação de resultado, a culpa do profissional é presumida, independe de prova de culpa na modalidade negligência, imprudência ou imperícia.

A promessa de resultado vincula o médico à atividade-fim e não meio.

Via de regra, a responsabilidade pela prestação de serviços médicos é subjetiva, ou seja, depende da demonstração da culpa do profissional, por expressa disposição do parágrafo 4° do artigo 14 do CDC. Significa que o médico terá a oportunidade de demonstrar que não incorreu em nenhum ato ilícito[2].

---

2 ***Ato ilícito ou ilicitude,*** *é um conceito do Direito penal e civil que descreve qualquer ato que seja praticado com uma forma não permitida por lei.*

Cível, Mario Rodrigues de Lima Advogado militante nas áreas; Empresarial; Previdenciário, Trabalhista e; *autor, atuante*

Na obrigação de meio caberá ao paciente comprovar que o médico não agiu com a diligência que se esperava, pois, o simples não alcance do resultado não é rotulado como inadimplemento (não cumprimento da obrigação), sendo necessária a prova da culpa para ter direito à reparação.

Já na obrigação de resultado, caberá ao paciente somente comprovar a não obtenção do resultado, assim a culpa do profissional será presumida, cabendo ao médico provar que não cometeu nenhum ato ilícito.

Portanto, como regra geral, a obrigação do médico é de meio, e por essas razões, incumbe ao paciente o ônus da prova da inexecução obrigacional por parte do devedor (médico), face à conduta culposa do mesmo, culpa em "lato sensu", incluindo o dolo e culpa "strito sensu" (negligência, imprudência ou imperícia).

→ 4. Posso fazer divulgação de sorteios de procedimentos ou oferecer condições especiais de pagamentos para os pacientes?

Clínicas e consultórios não podem divulgar condições especiais diferenciadas. Ou seja, não pode oferecer cupons de descontos, planos de fidelidade, etc. Nessa mesma linha, não se pode fazer sorteios de procedimentos.

Fonte: parecer do CFM nº 10/16

→ 5. Pode o médico divulgar um procedimento específico que realiza?

Você pode divulgar seus procedimentos, inclusive as redes sociais são ótimas para isso.

Mas cuidado! O que não se pode fazer: garantir os resultados dos procedimentos, não se pode utilizar figuras de celebridades. Evitar se utilizar de determinados termos, como *o melhor*, *resultados mais garantidos*, *o mais eficiente*, etc.

De acordo com a Resolução 1974/11 – trata-se de um Manual de Publicidade Médica:

> *Proibições Gerais*
>
> *De modo geral, na propaganda ou publicidade de serviços médicos e na exposição na imprensa ao médico ou aos serviços médicos é vedado:*
>
> *I - usar expressões tais como "o melhor", "o mais eficiente", "o único capacitado", "resultado garantido" ou outras com o mesmo sentido;*
>
> *II - sugerir que o serviço médico ou o médico citado é o único capaz de proporcionar o tratamento para o problema de saúde;*
>
> *III - assegurar ao paciente ou a seus familiares a garantia de resultados;*
>
> *IV - apresentar nome, imagem e/ou voz de pessoa leiga em medicina, cujas características sejam facilmente reconhecidas pelo público em razão de sua celebridade, afirmando ou sugerindo que ela utiliza os serviços do médico ou do estabelecimento de saúde ou recomendando seu uso;*

---

na região de Mococa/SP Textos publicados pelo. «Responsabilidade civil: ato ilícito p*uro e equiparado - Jus.com.br / Jus Navigandi*»

Sempre que for divulgar algum procedimento específico, utilize dados científicos.

Publique o Registro de Qualificação de Especialista (RQE).

→6. <u>O que o médico deve incluir em anúncios profissionais, quais as informações devem constar em seus anúncios?</u>

- Seu nome;
- Seu número de registro perante o Conselho Regional de Medicina, com o estado da Federação no qual foi inscrito; estado de São Paulo, estado do Rio de Janeiro, etc.
- Registro de Qualificação de Especialista (RQE), quando anunciar a especialidade.

Segundo CFM, por meio da Resolução 2217/2018:

> É vedado ao médico:
>
> ***Art. 117.*** *Deixar de incluir, em anúncios profissionais de qualquer ordem, seu nome, seu número no Conselho Regional de Medicina, com o estado da Federação no qual foi inscrito e Registro de Qualificação de Especialista (RQE) quando anunciar a especialidade.*
>
> ***Parágrafo único.*** *Nos anúncios de estabelecimentos de saúde, devem constar o nome e o número de registro, no Conselho Regional de Medicina, do diretor técnico.*

Acrescenta-se ainda que o médico não pode, segundo <u>Resolução do CFM nº 1.974/2011, a qual</u> estabelece os critérios norteadores para a publicidade médica.

- Anunciar que trata sistema orgânicos, órgãos ou doenças específicas quando não for especialista;
- Divulgar aparelhos para ganhar autoridades;
- Participar de anúncios de empresas ou produtos ligados à Medicina;
- Envolver-se com propaganda enganosa;
- Expor pacientes para divulgar técnicas ou resultados de tratamentos;

Por fim, CONSIDERANDO que o texto do Anexo I da Resolução CFM nº 1.974/11 está causando entendimentos equivocados após a edição da Resolução CFM nº 2.126/15, passa a vigorar a seguinte redação:

"É vedado ao médico, na relação com a imprensa, na participação em eventos e em matéria jornalística nas redes sociais: " → redação alterada pela Resolução CFM 2133/15.

> *a) divulgar endereço e telefone de consultório, clínica ou serviço;*

c) realizar divulgação publicitária, mesmo de procedimentos consagrados, de maneira exagerada e fugindo de conceitos técnicos, para individualizar e priorizar sua atuação ou a instituição onde atua ou tem interesse pessoal;

g) utilizar sua profissão e o reconhecimento ético, humano, técnico, político e científico que esta lhe traz para participar de anúncios institucionais ou empresariais, salvo quando esta participação for de interesse público;

p) realizar e/ou participar de demonstrações técnicas de procedimentos, tratamentos e equipamentos de forma a valorizar domínio do seu uso ou estimular a procura por determinado serviço, em qualquer meio de divulgação, inclusive em entrevistas.

O que o médico deve se ater ao realizar qualquer tipo de *marketing* é que, segundo o CFM, não se pode divulgar para vender seus próprios serviços. O médico estará aparecendo para gerar, agregar valor às pessoas, para educá-las e expor o seu conhecimento.

Não importa qual rede social escolherá para manter a presença *online*, pois se pensar em produzir conteúdo de valor para a sua audiência, estará seguindo as normas do CFM.

O médico pode, utilizando qualquer meio de divulgação leiga, prestar informações, dar entrevistas e publicar artigos versando sobre assuntos médicos de fins estritamente educativos. E isso se encaixa perfeitamente nas diretrizes do *marketing* médico, o qual é indicado para um crescimento ético e eficaz da sua marca e autoridade.

O importante é que leve à divulgação um conteúdo de valor para o seu público, um conteúdo educativo e não promocional.

→ **7. Publicidade médica: você está fazendo certo?**

A Resolução do CFM nº 1.974/2011 estabelece os critérios norteadores para a publicidade médica. O documento,

- Conceitua anúncios
- Delimita a divulgação de assuntos médicos
- Busca impedir o sensacionalismo e a autopromoção

Uma dica para enquadrar os anúncios aos dispositivos legais e éticos é consultar a Comissão de Divulgação de Assuntos Médicos (CODAME) dos CRMs.

CODAME – **Comissão de Divulgação de Assuntos Médicos** – É uma Comissão que trata somente de publicidade médica. Deve-se coibir a divulgação médica exacerbada.

→ **DE FORMA RESUMIDA, O MÉDICO DEVE EVITAR SUA AUTOPROMOÇÃO E SENSACIONALISMO, PRESERVANDO, SEMPRE, O DECORO DA PROFISSÃO!**

Visando atualizar-se e colocar um ponto final em alguns casos que estavam acontecendo nas redes sociais, em setembro de 2.015 o CFM lançou a Resolução 2.126/2015 que define o comportamento adequado dos médicos nas redes sociais.

Na época, o maior susto foi: **Não posso mais tirar *self* para publicar?**

Com a popularização das redes sociais, vários médicos, talvez sem a intenção, passaram a divulgar fotos impróprias na sala de cirurgia, até mesmo com o paciente sendo operado, fotos de *antes e depois*, sem autorização do paciente, fotos em atendimento médico, entre outros exemplos que não contribuem para construção da sua marca.

Cito alguns pontos da matéria que saiu no site do CFM com comentários a respeito:

> *"Com relação ao uso das redes das mídias sociais (sites, blogs e canais no facebook, twitter, instagram, youtube, whatsapp e similares), como já havia sido determinado pela Resolução CFM nº 1974/2011, entre outros pontos, continua sendo vedado ao médico anunciar especialidade/área de atuação não reconhecida ou especialidade/área de atuação para a qual não esteja qualificado e registrado junto aos Conselhos de Medicina."*

Essa norma já existia, mas foi reforçada na matéria. É preciso ter o título de especialista para se nomear como um. Isso é muito importante para o paciente identificar o responsável qualificado para seu caso.

> *"O CFM ainda orienta aos CRMs a investigarem suspeitas de burla à orientação contra a autopromoção por meio da colaboração com outras pessoas ou empresas. Deve ser apurado – por meio de denúncias, ou não – a publicação de imagens do tipo "antes" e "depois" por não médicos, de modo reiterado e/ou sistemático, assim como a oferta de elogios a técnicas e aos resultados de procedimentos feitos por pacientes ou leigos, associando-os à ação de um profissional da Medicina. A comprovação de vínculo entre o autor das mensagens e o médico responsável pelo procedimento pode ser entendida como desrespeito à norma federal."*

Também é proibido pedir para que o paciente publique na rede social dela. Não se esqueça! Em todo local que possui o seu nome sendo divulgado, você é o responsável!

Em relação aos elogios e depoimentos, em minha opinião, eu acho um assunto complicado, pois hoje na *internet,* existem muitas formas de se avaliar um médico e encontrar depoimentos de pessoas que publicaram algo sobre ele. É claro que feito de maneira espontânea, essa ação se torna positiva. Porém, alguns médicos tentam "burlar" esse sistema, realizando depoimentos *fakes* ou solicitando ao paciente realizar em troca de algo, e essa é uma tática extremamente falha e que não se sustenta.

> "Também está proibido de participar de anúncios comerciais divulgando uma empresa ou seus produtos, mesmo que eles não tenham nenhuma relação com a medicina."

Destaquei este ponto para os médicos tomarem cuidado ao tirarem fotos junto com produtos de marca para o *Instagram* e *Facebook*. Esse caso é comum na área estética, onde médicos publicam uma foto com "novo creme para rejuvenescimento" e fatos parecidos.

Mesmo com essa "nova regra", pertine esclarecer que pode anunciar especialidade,

os produtos que faz uso, as técnicas que utiliza. O médico pode falar do produto, mas não da marca. Fora disso, tais práticas são vedadas.

O problema dessa "explicação" é que pode gerar uma confusão, já que a marca está fortemente ligada ao produto.

Como sabemos, a norma é muito interpretativa, mas é bom evitar problemas com processos.

No mais, a dica para enquadrar os anúncios aos dispositivos legais e éticos é consultar a Comissão de Divulgação de Assuntos Médicos (CODAME) dos CRMs.

O DEVER DE INFORMAR DO MÉDICO E O CONSENTIMENTO INFORMADO DO PACIENTE

Alusivo aos deveres inerentes à profissão médica, verifica-se que a informação suficiente é requisito de validade do consentimento do paciente.

A utilização indiscriminada de formulários padronizados para a colheita do consentimento informado do paciente desconsidera o padrão subjetivo.

Os princípios da autonomia e da boa-fé objetiva restam, desse modo, desrespeitados.

Assim, cremos que os formulários padronizados devem ser utilizados apenas como instrumentos auxiliares do cumprimento do dever de informar.

Para a necessária documentação do cumprimento do dever de informar, é imprescindível que os médicos se utilizem de outros meios de prova, dentre os quais se destaca o prontuário ou processo clínico do paciente.

A anotação diligente no prontuário de todas as providências tomadas com relação ao paciente, inclusive com a indicação dos nomes das pessoas que tenham assistido ao concreto diálogo de esclarecimento é providência relativamente simples, mas já suficiente para provar, em juízo, o cumprimento do dever de informar, seja pela exibição do prontuário, seja pela oitiva das pessoas ali indicadas.

Também constitui um meio de prova relativamente confiável e consistente o testemunho de colegas e colaboradores de que o médico cumpre habitual e diligentemente o dever de informar e de obter um consentimento esclarecido.

Entretanto, mais do que se prevenir contra possíveis ações judiciais é importante que o profissional médico busque sempre aprimorar os meios de comunicação para com seus pacientes.

De fato, se a relação médico-paciente for construída em sólidas bases de profissionalismo, lealdade e confiança, dificilmente irá resultar em litígio.

Como bem afirma GERSON LUIZ CARLOS BRANCO [1], "o centro da questão está na forma como a comunicação é estabelecida entre cliente e profissional médico, bem como as formas de adaptação entre a linguagem técnica do domínio médico com a necessidade de informações do paciente. Uma vez que o profissional médico informa adequadamente seu cliente sobre os possíveis rumos de um tratamento, as características de sua patologia ou de sua organicidade, dada a conhecer por linguagem simples e precisa, poderá dormir tranquilo".

Nesse ambiente de trabalho há a importante reflexão prévia sobre os esclarecimentos a serem prestados em cada procedimento executado, preferencialmente em grupos de trabalho organizados em cada clínica, consultório ou hospital.

---

1 BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Responsabilidade civil por erro médico: aspectos.* Artigo publicado na Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, v. 1, n. 4, mar/abr. 2000, pp. 128 a 151.

1 I O DEVER DE INFORMAR DO MÉDICO E O CONSENTIMENTO INFORMADO DO PACIENTE

Imperioso que os profissionais médicos adotem medidas preventivas à responsabilização pela falta ou deficiência de informação.

Registe-se que o artigo 34 do Código de Ética Médica delineia o dever de informação, sob pena de caracterizar erro cometido pelo médico.

> CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA:
>
> Capítulo V
>
> RELAÇÃO COM PACIENTES E FAMILIARES
>
> *É vedado ao médico:*
>
> *Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.*
>
> Resolução CFM 2217/2018

Ainda: O CDC (Código de Defesa do Consumidor - lei 8.078/90) disciplina a relação entre consumidores e fornecedores, atribuindo-lhes direitos e deveres. Tendo em vista que o médico lida com um valor de natureza inestimável, que é a saúde e consequentemente a vida do ser humano, destacada atenção recai sobre si, notadamente porque o CDC exige que o prestador de serviço haja de modo eminentemente transparente com o consumidor, sob pena de violar o direito à informação.

Segundo dispositivo do Código de Defesa do Consumidor - Lei 8078/90:

> ***Art. 6º*** *São direitos básicos do consumidor:*
>
> ***III*** *- a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;*

Trata-se de ônus (de um dever) que incumbe àquele que explora o mercado de consumo e obtém lucro com isso.

Esse dever tem sua previsão mais detalhada no artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual:

> ***Art. 31.*** *A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.*

Hoje já é consenso, na doutrina brasileira, que a responsabilidade civil pelo ato

médico tem natureza contratual, decorrente, portanto, do inadimplemento ou do mau adimplemento de um contrato de prestação de serviços médicos, cujo marco inicial é a realização da primeira consulta.

Vale ressaltar que o contrato de prestação de serviços médicos é bilateral, porque confere direitos e prescreve obrigações a ambas as partes contratantes.

Ainda que a maior parte das obrigações contratuais sejam impostas aos médicos, o paciente é obrigado à observância de ao menos dois deveres: fornecer ao médico as informações corretas sobre seus sintomas e seguir as recomendações quanto ao tratamento

Após o advento do Código de Defesa do Consumidor, tem-se entendido que o contrato de prestação de serviços médicos é um contrato de consumo, sujeito, portanto, às normas consumeristas – dentre elas, a possibilidade de inversão do ônus[2] da prova em ações indenizatórias.

Entretanto, enquanto que a responsabilidade pelo inadimplemento dos contratos de consumo em geral é objetiva, independente da demonstração da culpa do fornecedor, a responsabilidade pelo inadimplemento do contrato de prestação de serviços médicos é subjetiva, ou seja, depende da demonstração da culpa do profissional, por expressa disposição do parágrafo 4° do artigo 14 do CDC.

Das considerações acima, verificamos que a informação suficiente é requisito de validade do consentimento do paciente.

Como afirma ANDRÉ GONÇALO PEREIRA[3]:

> *"provado que não foi prestada informação ou que ela foi insuficiente para sustentar um consentimento esclarecido, o consentimento obtido é inválido e o ato médico passa a ser tratado como um ato não autorizado". A informação insuficiente, portanto, induz o paciente a erro, modalidade clássica de vício de consentimento, que gera, entre outras consequências, a anulabilidade do contrato.*

Mais ainda, a ausência de informação ou a informação defeituosa, por culpa do médico, são tidas como suficientes para gerar a responsabilidade civil.

Evidentemente, o médico só será responsabilizado civilmente se, da sua negligência, imprudência ou imperícia (ação ou omissão culposas), efetivamente tiver produzido um dano material e/ou moral para o paciente. Acrescenta-se a esse dano, o estético também, o qual deverá ser provado.

Cumpre nesse ponto recordar que nas ações indenizatórias fundadas na responsabilidade subjetiva, o ônus da prova da culpa é via de regra do paciente, na

---

2 O art. 6º do CDC prevê entre seus direitos básicos: *"a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências."*

3 PEREIRA, André Gonçalo. *O consentimento para intervenções médicas prestado em formulários: uma proposta para o seu controlo jurídico.* Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, n. 76, 2000, pp. 433 a 471.

qualidade de autor do feito, ou seja, aquele que alega o suposto dano cometido deve provar.

A demonstração da culpa do profissional dá-se conjuntamente à demonstração do dano, quando se avalia a conduta do médico, verificando se o mesmo agiu de forma prudente, diligente e com a perícia exigível.

Essa avaliação do desempenho do profissional se dá dentro de parâmetros concretos, em que se analisa se o médico desprezou ou ignorou algum de seus deveres básicos, postos pelo Código de Ética Médica: dentre eles, o dever de informação.

Entretanto, se verossímeis as alegações do autor - paciente, ou se demonstrada a sua hipossuficiência, o Código de Defesa do Consumidor (artigo 6º, VIII) autoriza o Juiz a inverter o ônus da prova no caso concreto, atribuindo-o ao profissional médico. Nesse caso, caberá ao médico provar a inexistência do inadimplemento contratual e da culpa.

Ora, como a prova do descumprimento do dever de informar é especialmente difícil para o paciente e considerando-se que, no que pertine ao conhecimento das enfermidades e ao domínio das técnicas de tratamento, este é efetivamente hipossuficiente perante o médico, a inversão do ônus da prova não é apenas possível como também extremamente provável.

Ademais, há que se atentar para o fato de que a informação escrita, consubstanciada em termos de responsabilidade e similares, pode auxiliar o diálogo entre médico e paciente, **mas nunca o substitui**.

Pelo contrário, como bem adverte ANDRÉ GONÇALO PEREIRA [4], "os prestadores de cuidados de saúde podem ser acusados de usarem estes documentos como forma de se libertarem do fardo da prova da obtenção de um consentimento informado". Ou seja, a exibição de documentos assinados pelo paciente ou por seu responsável legal pode ser interpretada judicialmente como uma conduta abusiva ou até mesmo como má-fé.

Há que se ter em mente que o aconselhamento é um processo contínuo, que se estende por todo o tratamento e até mesmo para além dele.

Desse modo, a assinatura de um termo de responsabilidade no momento de uma internação apenas atesta que houve uma tentativa de esclarecimento naquele instante específico, mas não que o aconselhamento foi continuado e adaptado à evolução do tratamento daquele paciente em especial.

4 PEREIRA, André Gonçalo *O consentimento para intervenções médicas prestado em formulários: uma proposta para o seu controlo jurídico.* Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, n. 76, 2000, pp. 433 a 471.

LEGISLAÇÃO: PRONTUÁRIO ELETRÔNICO

A legislação brasileira apresentou mudanças significativas ao longo dos anos, no que concerne o prontuário eletrônico.

Recentemente, foi promulgada a lei 13.787/18**,** que reúne diretrizes importantes sobre o tema e mantém determinações de algumas resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM).

A seguir, os documentos mais importantes da legislação sobre prontuário eletrônico no Brasil.

1 | DEFINIÇÃO DE PRONTUÁRIO MÉDICO

A Resolução 1638/2002, do CFM, define prontuário médico e determina quais profissionais são responsáveis pelo documento.

> *Prontuário médico é o documento único constituído de um conjunto de informações, sinais e imagens registradas, geradas a partir de fatos, acontecimentos e situações sobre a saúde do paciente e a assistência a ele prestada.*

No mais, a resolução indica que o prontuário médico tem como finalidade viabilizar a comunicação entre membros da equipe multiprofissional.

Com o intuito de manter o tratamento integral e contínuo, o prontuário médico possui três características principais:

- Legalidade: os dados devem ser registrados com base na legislação vigente e devem provir de condutas legais;
- Sigiloso: deve-se registrar o essencial para o caso, mas com atenção ao equilíbrio entre informar/registrar e manter sigilo profissional-paciente;
- Científico: as condutas devem ter base científica e, com esse embasamento, serem registradas na intenção de possibilitar a análise de hipótese, tese, conclusões, etc.

O documento também define a responsabilidade pelo prontuário médico:

- Do médico assistente;
- Dos demais profissionais que compartilham o atendimento;
- Dos membros da hierarquia médica institucional, no sentido de zelar pela qualidade do documento;
- Das chefias de equipe, das chefias clínicas e do diretor técnico.

2 | A ATUAL LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE PRONTUÁRIO ELETRÔNICO

A Lei 13.787/18 estabelece diretrizes sobre a digitalização e a utilização de sistemas informatizados para guarda, armazenamento e manuseio de prontuário.

No mais, reúne as determinações de resoluções anteriores do CFM e, com força de lei, sintetiza as informações sobre prontuário eletrônico nas práticas de atenção à saúde no Brasil.

3 | CERTIFICAÇÃO DO SISTEMA PARA PRONTUÁRIOS ELETRÔNICOS E DIGITALIZADOS

A nova lei sobre prontuários eletrônicos no Brasil determina que o processo de digitalização deve utilizar certificado digital baseado nas diretrizes da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil).

4 | PRAZO PARA ELIMINAÇÃO DOS PRONTUÁRIOS MÉDICOS

Outra inovação importante diz respeito aos prazos de eliminação dos prontuários. Na regra atual, portanto,

- Prontuário em suporte de papel: podem ser eliminados quando completados 20 anos a partir do último registro;
- Prontuário digitalizado ou originalmente em suporte digital: também podem ser eliminados quando completados 20 anos.

Contudo, há, ainda, muitos pontos que carecem de regulamentação na nova lei. Os principais aspectos são:

- Nível de segurança dos prontuários – na ausência do NGS 2, os sistemas precisam ser confiáveis;
- Acompanhamento das Comissões de Revisão de Prontuário.

LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

A Lei n. 13.709/18 dispõe sobre a proteção de dados pessoais e os seus artigos iniciais estão assim redigidos:

> *Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.*
>
> *Art. 2º. A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:*
>
> *I - o respeito à privacidade;*
>
> *II - a autodeterminação informativa;*
>
> *III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;*
>
> *IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;*
>
> *V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;*
>
> *VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e*
>
> *VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.*

Considerando a *Lei Geral de Proteção de Dados*, mister alguns apontamentos:

Partindo da premissa que todas as informações pessoais relacionadas à saúde, vida sexual, dado genético ou biométrico são consideradas dados pessoais sensíveis e devem ter tratamento jurídico mais rigoroso, inclusive protegidas pela Constituição Federal e pelas normas de Direito Médico, referida lei – LGPD – igualmente confere tutela mais rígida em relação a esses dados pessoais.

Considerando que os vazamentos de dados sensíveis, como aqueles constantes em prontuários de paciente, devido à elevada fragilidade dessas informações, em análise de impacto para a vida do indivíduo, poderão importar em punições mais rigorosas a serem impostas pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados, bem como em demais sanções, torna-se crível a necessidade das instituições em geral (clínicas médicas, hospitais, médicos, etc.) se atentarem aos seus dispositivos legais, sob pena de se responsabilizarem pelo vazamento de quaisquer informações ali contidas.

Confira quais são as sanções administrativas previstas na LGPD:

- Advertência, com prazo para corrigir as infrações;
- Multa simples de até 2% do faturamento da empresa no ano anterior, até o limite de R$50 milhões por infração;
- Multa diária de até 2% do faturamento da empresa no ano anterior, até um limite de R$50 milhões por infração;

- Tornar pública a infração cometida;
- Bloqueio dos dados pessoais relacionados à infração;
- Eliminação dos dados pessoais relacionados à infração;
- Suspensão parcial do funcionamento do banco de dados a que se refere a infração pelo período máximo de seis meses, prorrogável por igual período;
- Suspensão da atividade de tratamento dos dados pessoais a que se refere a infração pelo período máximo de seis meses, prorrogável por igual período;
- Proibição parcial ou total das atividades relacionadas a tratamento de dados.

As sanções serão aplicadas somente mediante processo administrativo que possibilite a ampla defesa, o contraditório e o direito de recurso.

Além disso, na aplicação de sanções serão considerados parâmetros e critérios previstos em lei, tais como a cooperação do infrator, a pronta adoção de medidas corretivas e a implementação de mecanismos internos para o tratamento adequado dos dados.

TCLE (TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO E SEUS ASPECTOS ÉTICOS E JURÍDICOS)

1 I CONCEITO DO TCLE (RESOLUÇÃO 466/12)

Consentimento livre e esclarecido: anuência do participante da pesquisa e/ou de seu representante legal, livre de vícios (simulação, fraude ou erro), dependência, subordinação ou intimidação, após esclarecimento completo e pormenorizado sobre a natureza da pesquisa, seus objetivos, métodos, benefícios previstos, potenciais riscos e o incômodo que esta possa acarretar.

2 I ASSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

Consentimento do participante da pesquisa, criança, adolescente ou legalmente incapaz, livre de vícios (simulação, fraude ou erro), dependência, subordinação ou intimidação.

O **TCLE** é o documento que visa a proteger a autonomia dos pacientes, no qual atestam estar cientes de suas condições, como sujeitos de pesquisa ou submetendo-se a procedimentos médicos considerados invasivos. É o instrumento utilizado nas pesquisas com seres humanos.

3 I VÍCIOS DE CONSENTIMENTO

- **SIMULAÇÃO:** é a falsa declaração da vontade, visando a produzir efeitos diversos do realmente desejado.

Procura-se com a simulação iludir alguém por meio de uma falsa aparência que encobre a verdadeira feição do negócio jurídico.

Caracteriza-se pelo intencional desacordo entre a vontade interna e a declarada, no sentido de criar, aparentemente, um negócio jurídico, que, de fato, não existe, ou então oculta, sob determinada aparência, o negócio realmente querido.

Na simulação, a vontade se conforma com a intenção das partes que combinam entre si no sentido de manifestá-la de determinado modo, com o escopo de prejudicar terceiro que ignora o fato.

- **FRAUDE:** é o ato praticado com a intenção de lesar terceiros. É violar obrigação, usando procedimentos aparentemente lícitos.

- **ERRO:** O paciente não tem noção exata da realidade, ou seja, não entende exatamente do que se trata a pesquisa científica da qual irá participar e, se realmente soubesse, não participaria. Trata-se de erro substancial (artigo 138

do CC), portanto o torna anulável.

- **DEPENDÊNCIA:** é a situação daquilo ou daquele que tem sua existência ou correto funcionamento condicionado a outro elemento ou fator.
- **SUBORDINAÇÃO:** é a dependência de uma pessoa em relação a outra.
- **INTIMIDAÇÃO (COAÇÃO):** é qualquer pressão física ou moral exercida sobre a pessoa, os bens ou a honra de um contratente para obrigá-lo ou induzi-lo a efetivar um negócio jurídico.

4 I O TCLE É UM NEGÓCIO JURÍDICO

Negócio jurídico: **"**é o poder de autorregulamentação dos interesses que contém a enunciação de um preceito, independentemente do querer interno."

O TCLE É UM CONTRATO ACESSÓRIO: ENQUADRA-SE AO CDC.

ELEMENTOS ESSENCIAIS DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS:

- Capacidade do agente
- Objeto lícito
- Objeto possível
- Objeto determinado ou determinável
- Forma prescrita ou não defesa em lei
- Art. 104 do CC

A assinatura do TCLE não implica desresponsabilização do médico em relação a danos oriundos do mau exercício profissional, mas sim dos causados esperados e devidamente informados, desde que não fruto de culpa.

O TCLE faz parte da medicina defensiva. Trata-se da prática médica que, dentro dos limites da ética, procura evitar litígios judiciais promovidos pelos pacientes.

1. O paciente participa de uma pesquisa clínica para realizar determinado tratamento, acreditando que certa doença é letal, sendo que ele sequer é portador da enfermidade, sendo induzido pelo médico de que tem tal doença. Tem-se, nesse caso:

- Simulação
- Fraude
- Erro

- Dependência

2. Uma indústria farmacêutica propõe uma pesquisa clínica a um pesquisador com o intuito de obter recursos financeiros de uma multinacional. Para que isso aconteça, ambos arquitetam um projeto com o intuito de enganar o sujeito da pesquisa. Estamos diante de um caso de:

- Fraude
- Erro
- Coação
- Simulação

A função do TCLE é de assegurar/comprovar o esclarecimento e a liberdade de opção para o sujeito da pesquisa.

De acordo com as normas de ética em pesquisa, é fundamental que a pessoa saiba que está sendo convidada a participar de uma pesquisa e que tem a liberdade de aceitar ou recusar (e de mudar de ideia).

Verifica-se que mesmo com pesquisadores bem-intencionados, sujeitos da pesquisa que assinaram o TCLE não sabiam que faziam parte de pesquisa ou não entendiam aspectos relevantes dela. Nesse caso, nem esclarecido nem livre.

O **TCLE** exige:

- esclarecimento;
- liberdade;
- simplicidade.

Deve ainda ser:

- Sucinto;
- Completo.

TELEMEDICINA

A esse ponto pertine, inicialmente, definir o que é telemedicina:

Telemedicina é o exercício da medicina por meio da utilização de metodologias interativas de comunicação audiovisual e de dados – como, por exemplo, vídeo ligações de aplicativos como *whatsapp* e *skype* – com o objetivo de assistência, educação e pesquisa em Saúde.

Imprescindível registar que desde o ano de 2002 a RESOLUÇÃO/CFM nº 1.643/2002 regula a telemedicina, entretanto, trata-se de uma Resolução mais antiga e que está em revisão, já que precisa se adaptar à modernidade.

A telemedicina é, portanto, um instrumento que, quando bem utilizado, beneficia tanto o médico quanto o paciente.

O que ainda não se encontra regulamentado é o que se refere ao atendimento em lugares remotos em que não há disponibilidade médica. Assim, o médico, coma devida regulamentação, poderá fazer procedimentos à distância.

Obviamente que se faz necessária a presença dos médicos em ambos os lugares: o médico orientador que está situado em um grande centro (por exemplo na cidade de São Paulo) e o médico que está situado em uma cidade longínqua: por exemplo, no município de Macapá.

Quanto às consultas *on-line*, diz respeito às novidades em que o Conselho está atento para novas Resoluções.

Podemos citar que com a pandemia que assolou o mundo nos últimos tempos foi imprescindível que a legislação se adaptasse rapidamente.

Assim, em meio ao surto do coronavírus, o CFM (Conselho Federal de Medicina) autorizou a telemedicina:

Diante da chegada do novo coronavírus ao Brasil, o Conselho Federal de Medicina (CFM) reconheceu a possibilidade de serem adotadas no país, em caráter excepcional, algumas modalidades da telemedicina. De acordo com a entidade, a autorização tem por objetivo proteger tanto a saúde dos médicos como a dos pacientes.

Esta é uma ferramenta de grande utilidade para situações como a atual.

Em meio à disseminação do vírus, o Ministério da Saúde editou a Portaria de nº 467 de 20 de março/2020, através da qual autorizou a emissão de receitas e atestados médicos à distância, claro que mediante algumas exigências, como assinatura eletrônica, identificação e observando-se os requisitos previstos em atos da Agência de Vigilância Sanitária (Anvisa).

> PORTARIA Nº 467, DE 20 DE MARÇO DE 2020:
>
> *Dispõe, em caráter excepcional e temporário, sobre as ações de Telemedicina,*

com o objetivo de regulamentar e operacionalizar as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional previstas no art. 3º da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, decorrente da epidemia de COVID-19.

O CFM, à data 03/02/20, regulamentou o atendimento *online* no Brasil, por meio da Resolução 2.227/18:

Assim, os médicos puderam realizar consultas *on-line*, bem como telecirurgias e telediagnóstico, entre outras formas de atendimento médico à distância.

Segundo o CFM, a telemedicina pode ser utilizada nas seguintes formas:

Teleorientação: meio pelo qual os profissionais realizam à distância a orientação e o encaminhamento de pacientes em isolamento;

Consulta Médica: o atendimento poderá ser feito por videoconferência, mediado por câmera do celular ou computador;

Diagnóstico: os exames poderão ser feitos virtualmente através de sensores ligados ao corpo e o médico à distância;

Prescrição: o documento poderá ter assinatura digital do especialista;

Cirurgia: O CFM já havia recomendado suspender o atendimento ambulatorial, de modo a não ter aglomerações desnecessárias em centros médicos e consultórios. Além disso, outra recomendação que também foi apoiada por sociedades foi a de adiar cirurgias eletivas, deixando para realizar apenas as de urgência e emergência, ou cirurgias oncológicas necessárias;

Monitoramento: O especialista poderá avaliar os exames e o estado de saúde remotamente;

Sigilo: O especialista também será responsável pela segurança do armazenamento virtual do prontuário, da transmissão do vídeo da consulta remota.

OUTRAS MEDIDAS DURANTE A PANDEMIA DE CORONAVÍRUS

Além da liberação da telemedicina, o CFM tomou outras medidas durante a pandemia do coronavírus.

Uma delas foi a portaria CFM nº 68/2020, que suspende, durante 30 dias, prazos processuais, sindicâncias, audiências, sessões de julgamento, atos instrutórios presenciais e atendimento externo ao público. A portaria passou a valer a partir de 23/03/2020, quando os atos instrutórios serão feitos *on-line* e apenas atendimentos de grande necessidade que não puderem ser feitos remotamente poderão ser realizados.

O CFM também se posicionou com relação à atuação dos médicos nesse período.

No documento divulgado, as recomendações para toda a população e aos profissionais é manter uma vigilância diária sobre os acontecimentos, para que ações possam ser tomadas de forma rápida e eficiente.

A orientação é manter a população ciente de todas os trabalhos realizados, mas de forma cautelosa, evitando pânico.

ATO MÉDICO

A Resolução do Conselho Federal de Medicina 1.627/01 disciplina o que seria o ato médico. Pode-se dizer que ela é o embrião do ato médico (da lei que veio em 2013).

Essa lei (12.842/2013), quando criada, foi muito criticada, pois gerou uma certa polarização entre todos os profissionais da saúde e, do outro lado, a Medicina.

Existia um consenso de que referida lei cercearia a atuação dos profissionais não médicos, os impedindo que realizassem atos realizados de acordo com sua formação.

Na prática, o que se tem observado, é a invasão do ato médico pelas outras áreas da saúde (não por conta da lei, mas por conta da própria formação profissional).

A título de curiosidade, a Medicina, hoje, tem em torno de 7.200 horas de formação. As outras áreas da saúde ficam em torno de 3.000/4.000 horas.

É uma diferença muito grande em termos de horas de estudo, isso sem levar em contata a residência médica (mais umas 3.000 horas, dependendo da especialização).

Ato contínuo, houve um veto dessa lei, pela então presidente da República, que retirou alguns procedimentos invasivos, gerando outra discussão.

Atualmente, a lei que trata do ato médico é a própria lei retro mencionada, cuja transcrição se faz pertinente, *in verbis*:

Lei 12.842/2013 – Dispõe sobre o exercício da Medicina:

> *Art. 1º O exercício da Medicina é regido pelas disposições desta Lei.*
>
> *Art. 2º O objeto da atuação do médico é a saúde do ser humano e das coletividades humanas, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo, com o melhor de sua capacidade profissional e sem discriminação de qualquer natureza.*
>
> *Parágrafo único. O médico desenvolverá suas ações profissionais no campo da atenção à saúde para:*
>
> *I - a promoção, a proteção e a recuperação da saúde;*
>
> *II - a prevenção, o diagnóstico e o tratamento das doenças;*
>
> *III - a reabilitação dos enfermos e portadores de deficiências.*
>
> *Art. 3º O médico integrante da equipe de saúde que assiste o indivíduo ou a coletividade atuará em mútua colaboração com os demais profissionais de saúde que a compõem.*
>
> *Art. 4º São atividades privativas do médico:*
>
> *I - (VETADO);*
>
> *II - indicação e execução da intervenção cirúrgica e prescrição dos cuidados médicos pré e pós-operatórios;*
>
> *III - indicação da execução e execução de procedimentos invasivos, sejam diagnósticos, terapêuticos ou estéticos, incluindo os acessos vasculares profundos, as biópsias e as endoscopias;*

IV - intubação traqueal;

V - coordenação da estratégia ventilatória inicial para a ventilação mecânica invasiva, bem como das mudanças necessárias diante das intercorrências clínicas, e do programa de interrupção da ventilação mecânica invasiva, incluindo a desintubação traqueal;

VI - execução de sedação profunda, bloqueios anestésicos e anestesia geral;

VII - emissão de laudo dos exames endoscópicos e de imagem, dos procedimentos diagnósticos invasivos e dos exames anatomopatológicos;

VIII - (VETADO);

IX - (VETADO);

X - determinação do prognóstico relativo ao diagnóstico nosológico;

XI - indicação de internação e alta médica nos serviços de atenção à saúde;

XII - realização de perícia médica e exames médico-legais, excetuados os exames laboratoriais de análises clínicas, toxicológicas, genéticas e de biologia molecular;

XIII - atestação médica de condições de saúde, doenças e possíveis sequelas;

XIV - atestação do óbito, exceto em casos de morte natural em localidade em que não haja médico.

§ 1º Diagnóstico nosológico é a determinação da doença que acomete o ser humano, aqui definida como interrupção, cessação ou distúrbio da função do corpo, sistema ou órgão, caracterizada por, no mínimo, 2 (dois) dos seguintes critérios:

I - agente etiológico reconhecido;

II - grupo identificável de sinais ou sintomas;

III - alterações anatômicas ou psicopatológicas.

§ 2º (VETADO).

§ 3º As doenças, para os efeitos desta Lei, encontram-se referenciadas na versão atualizada da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde.

§ 4º Procedimentos invasivos, para os efeitos desta Lei, são os caracterizados por quaisquer das seguintes situações:

I - (VETADO);

II - (VETADO);

III - invasão dos orifícios naturais do corpo, atingindo órgãos internos.

§ 5º Excetuam-se do rol de atividades privativas do médico:

I - (VETADO);

II - (VETADO);

III - aspiração nasofaringeana ou orotraqueal;

IV - (VETADO);

V - realização de curativo com desbridamento até o limite do tecido subcutâneo, sem a necessidade de tratamento cirúrgico;

VI - atendimento à pessoa sob risco de morte iminente;

VII - realização de exames citopatológicos e seus respectivos laudos;

VIII - coleta de material biológico para realização de análises clínico-laboratoriais;

IX - procedimentos realizados através de orifícios naturais em estruturas anatômicas visando à recuperação físico-funcional e não comprometendo a estrutura celular e tecidual.

§ 6º O disposto neste artigo não se aplica ao exercício da Odontologia, no âmbito de sua área de atuação.

§ 7º O disposto neste artigo será aplicado de forma que sejam resguardadas as competências próprias das profissões de assistente social, biólogo, biomédico, enfermeiro, farmacêutico, fisioterapeuta, fonoaudiólogo, nutricionista, profissional de educação física, psicólogo, terapeuta ocupacional e técnico e tecnólogo de radiologia.

Art. 5º São privativos de médico:

I - (VETADO);

II - perícia e auditoria médicas; coordenação e supervisão vinculadas, de forma imediata e direta, às atividades privativas de médico;

III - ensino de disciplinas especificamente médicas;

IV - coordenação dos cursos de graduação em Medicina, dos programas de residência médica e dos cursos de pós-graduação específicos para médicos.

Parágrafo único. A direção administrativa de serviços de saúde não constitui função privativa de médico.

Art. 6º A denominação de “médico” é privativa dos graduados em cursos superiores de Medicina, e o exercício da profissão, dos inscritos no Conselho Regional de Medicina com jurisdição na respectiva unidade da Federação.

Art. 6º A denominação ‘médico’ é privativa do graduado em curso superior de Medicina reconhecido e deverá constar obrigatoriamente dos diplomas emitidos por instituições de educação superior credenciadas na forma do art. 46 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), vedada a denominação ‘bacharel em Medicina’. (Redação dada pela Lei nº 134.270, de 2016)

Art. 7º Compreende-se entre as competências do Conselho Federal de Medicina editar normas para definir o caráter experimental de procedimentos em Medicina, autorizando ou vedando a sua prática pelos médicos.

Parágrafo único. A competência fiscalizadora dos Conselhos Regionais de Medicina abrange a fiscalização e o controle dos procedimentos especificados no caput, bem como a aplicação das sanções pertinentes em caso de inobservância das normas determinadas pelo Conselho Federal.

Art. 8º Esta Lei entra em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação.

NOVO CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA – PRINCIPAIS ALTERAÇÕES

Novo Código de Ética Médica – em vigor: 2019

Último Código: 2010

Resolução CFM n° 2.217, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019.

Conselho Federal de Medicina - CFM

O Código de Ética Médica - **Resolução CFM n° 2.217/2018**. Modificada pelas Resoluções CFM nº **2.222/2018** (corrige erro material do Código de Ética Médica) e **2.226/2019** (Revoga a Resolução CFM nº 1.649/2002, os artigos 4º e 5º e seu parágrafo único da Resolução CFM nº 2.170/2017 e altera o artigo 72 do Código de Ética Médica, que proíbem descontos em honorários médicos através de cartões de descontos e a divulgação de preços das consultas médicas de forma exclusivamente interna).

Resolução CFM 2.222/2018, de 23 de novembro de 2018.

Altera a Resolução CFM 2.217, de 27/09/2018:

> *CONSIDERANDO o erro material existente no item VI do Preâmbulo do Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 2.217/2018);*
>
> *CONSIDERANDO, finalmente, o decidido na reunião plenária realizada em 23 de novembro de 2018, resolve:*
>
> *Art. 1º O item VI do Preâmbulo do Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 2.712/2018) passa a ter a seguinte redação:*
>
> *"VI - Este Código de Ética Médica é composto de 26 princípios fundamentais do exercício da medicina, 11 normas diceológicas, 117 normas deontológicas e quatro disposições gerais. A transgressão das normas deontológicas sujeitará os infratores às penas disciplinares previstas em lei."*

RESOLUÇÃO Nº 2.226, DE 21 DE MARÇO DE 2019:

> *(...) considerando, finalmente, o decidido na reunião plenária realizada em 21 de março de 2019, resolve:*
>
> *Art. 1º - Revogar a Resolução CFM nº 1.649/2002, publicada no Diário Oficial da União nº 232, de 2 de dezembro de 2002, Seção 1, p. 80, e os artigos 4º e 5º e seu parágrafo único da Resolução CFM nº 2.170/2017, publicada no Diário Oficial da União de 24 de janeiro de 2018, Seção 1, p. 80.*
>
> *Art. 2º - O artigo 72 do Código de Ética Médica (Resolução CFM nº 2.217/2018 publicada no Diário Oficial da União de 1º de novembro de 2018, Seção 1, p. 179) passa a ter a seguinte redação:*
>
> *É vedado ao médico:*
>
> *Art. 72 - Estabelecer vínculo de qualquer natureza com empresas que anunciam ou comercializam planos de financiamento ou consórcios para procedimentos médicos.*

A publicação da Resolução nº 2.217/2018 marca o fim de um processo de quase três anos de discussões e análises, conduzido pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), cujo resultado visível e esperado pela sociedade era a revisão do Código de Ética Médica (CEM).

O novo texto, em vigor a partir de 30 de abril de 2019, atualizou a versão anterior, de 2009, incorporando abordagens pertinentes às mudanças do mundo contemporâneo.

Temas como inovações tecnológicas, comunicação em massa e relações em sociedade foram tratados.

Ressalte-se que ao atender uma necessidade natural e permanente de aperfeiçoamento, a revisão do CEM foi feita sob o prisma de zelo pelos princípios deontológicos da medicina, sendo um dos mais importantes o absoluto respeito ao ser humano, com a atuação em prol da saúde dos indivíduos e da coletividade, sem discriminações.

O novo CEM mantém o mesmo número de capítulos, que abordam princípios, direitos e deveres dos médicos. Do conjunto aprovado, há alguns trechos que merecem destaque, como o artigo que estabelece no Código de Ética os limites para o uso de redes sociais pelos médicos no exercício da profissão.

Outro ponto relevante se refere às normas que definem a responsabilidade do médico assistente, ou seu substituto, ao elaborar e entregar o sumário de alta. No que se refere aos direitos dos médicos, o novo CEM prevê a isonomia de tratamento aos profissionais com deficiência e reforça a necessidade de criação de comissões de ética nos locais de trabalho.

> *Capítulo X*
>
> *DOCUMENTOS MÉDICOS*
>
> *É vedado ao médico:*
>
> *Art. 86 Deixar de fornecer laudo médico ao paciente ou a seu representante legal quando aquele for encaminhado ou transferido para continuação do tratamento ou em caso de solicitação de alta.*
>
> *Art. 87 Deixar de elaborar prontuário legível para cada paciente.*
>
> *§ 1º O prontuário deve conter os dados clínicos necessários para a boa condução do caso, sendo preenchido, em cada avaliação, em ordem cronológica com data, hora, assinatura e número de registro do médico no Conselho Regional de Medicina.*
>
> *§ 2º O prontuário estará sob a guarda do médico ou da instituição que assiste o paciente.*
>
> *§ 3º Cabe ao médico assistente ou a seu substituto elaborar e entregar o sumário de alta ao paciente ou, na sua impossibilidade, ao seu representante legal.*

O Novo Código se constitui de 26 princípios fundamentais para o exercício da medicina e, aproximadamente, 120 normas que condicionam infratores às penas disciplinares.

- **As grandes mudanças:**

  1) Respeito ao médico deficiente, ou seja, o médico portador de algum tipo de deficiência;

  2) Mídias sociais: está diretamente ligada à publicidade médica. Vale consignar que existe uma resolução específica que traz todo o arcabouço deontológico (adjetivo relativo à deontologia, à ciência dos deveres morais, especialmente os deveres inerentes a certas profissões), trazendo todos os valores da Medicina, tendo como cerne a proibição da comercialização da Medicina, pois ela não é um produto, não podendo, portanto, ser vendida. Os dispositivos do Novo Código vêm exatamente tratar acerca dessa publicidade no âmbito das mídias sociais.

- **Publicidade/Propaganda Médica:**

O médico pode utilizar-se da publicidade para divulgar, por exemplo, seu trabalho como especialista em determinada área de atuação (desde que tenha esse registro perante o Conselho). Essa é uma publicidade que se faz do seu trabalho. Isso pode.

Ocorre é que há limites éticos importantes nessa divulgação de assuntos médicos. O próprio Código de Ética Médico trata da publicidade, balizando o que o médico pode ou não divulgar.

Divulgar o *antes e depois* pode, desde que não haja identificação do paciente (sua privacidade não pode ser ferida). Uma determinada técnica cirúrgica, por exemplo, você pode divulgá-la, desde que se preserve a identidade do paciente, mesmo que haja autorização do próprio paciente, não se pode divulgar sua identidade.

O que também é vedado: divulgação de procedimentos médicos, terapêuticos, diagnósticos que não tenham reconhecimento científico (não se pode enganar a população de algo que não é reconhecida cientificamente).

O que também é vedado: prometer resultados. A medicina, em linhas gerais, é uma ciência de meio e não de fim. Há fatores biológicos importantes a serem levados em conta. Há exceções acerca dessa atividade de meio. Explica-se: as áreas em que lidam com procedimentos estéticos em geral (cirurgia plástica, dermatologia, etc.) são consideradas atividades fim, ou seja, é aquela que o médico se compromete com o resultado do procedimento (o paciente tem que sair melhor do que entrou). Já nos casos de patologia, a atividade é de meio, pois o médico não pode se comprometer com o resultado (certamente ele deve fazer o melhor, utilizar-se da melhor técnica), mas não tem a obrigação com o resultado.

- **Áreas de maior denúncia:**
    - Ginecologia-obstetrícia: questões de assédio; expectativa da gestação (intercorrência ocorrendo com o recém-nascido);
    - Área de estética.
- **Trâmite da denúncia:**

Essa denúncia é feita diretamente perante os Conselhos Regionais.

O Conselho Federal atua, como uma espécie de 2ª instância, instância revisora das decisões do Regional.

Nos Conselhos Regionais, a parte pode entrar com um pedido de investigação e essa denúncia virar uma sindicância. É nomeado um conselheiro sindicante que verifica indícios da prática de infração ética. Constatado algum indício dessa prática, é dado o direito de defesa ao médico (princípio do contraditório), ainda no âmbito da sindicância. Então, a Comissão de Sindicância se reúne e se instaura o processo ético-profissional, no âmbito do CRM. Após a decisão dessa denúncia é que se poderá recorrer ao CFM (tanto denunciante, como denunciado-médico podem recorrer dessa decisão).

3) O Novo Código autoriza o médico a enviar prontuários médicos diretamente ao juiz (por meio de ordem judicial).

Antes: deveria ser nomeado um perito judicial, o qual faria a análise pontual do prontuário no próprio local. Antes a ideia era que o sigilo fosse compartilhado entre médicos, ou seja, entre o perito médico e o próprio medico informante.

A revisão do Código chancela a ideia de que se pode entregar o prontuário diretamente ao Juízo requisitante.

4) Telemedicina: o Novo Código deixa expresso que a telemedicina será regulada por uma Resolução própria. Por que isso? Porque já existe uma Resolução mais antiga que regula a telemedicina, a qual está em revisão, dada a necessidade de adaptar-se à vida moderna.

Pertine registrar que referida regulamentação concerne, principalmente, ao atendimento a pacientes em lugares remotos onde não há disponibilidade médica.

Dessa forma, o médico fará procedimentos à distância. É necessário que haja, portanto, a presença dos profissionais nos dois lugares: o médico orientador que está situado em um grande centro, por exemplo, e o médico que está situado em local distante.

A telemedicina é, portanto, um instrumento que, quando bem utilizado, beneficia tanto o médico quanto o paciente.

E as consultas *on-line*? São novidades em que o Conselho está atento para novas Resoluções.

5) Proibição do médico atuante em instituição pública ou privada de utilizar-se de documentos. Médicos infratores.

Documentos oriundos de instituição pública dentro das clínicas particulares – proibição!

Ratifica-se e se esclarece essa vedação com o Novo Código de Ética. Não que isso não fosse proibido anteriormente.

6) O médico pode recusar-se a atender em situações precárias.

O que não pode é abandonar o paciente.

Os CRMs são autarquias em cada estado da federação. Os Conselhos estão abertos para receber denúncias.

CASOS PRÁTICOS

CASO 1. Paciente contrai infecção hospitalar e acaba morrendo.

Pergunta-se: o hospital tem responsabilidade em indenizar pelo fator morte? E o médico, incorreu em erro ao deixar o paciente internado?

Primeiro ponto a se esclarecer que de antemão trago pra vocês: o hospital apresenta todos os documentos que comprovam estar dentro dos limites de tolerância de infecção. Inclusive a Comissão de Controle de Infecção Hospitalar atesta que o nível de infecção está dentro do protocolo aceito.

Segundo ponto a esclarecer. Pergunta-se: o paciente ficou internado além do tempo que deveria ter ficado? De quem é a responsabilidade pela alta do paciente?

Certo é que se o médico segue protocolos (sejam protocolos de conduta médica emitidos pelo próprio Conselho de Medicina, sejam protocolos de condutas emitidos pela equipe do hospital) e se os fundamenta, não tem porque ser responsabilizado pelo fator morte.

No mais, é o médico quem decide a continuidade ou não da internação.

O que não pode é o médico expor, de forma desnecessária, o paciente ao risco de infecção.

Do ponto de vista do hospital: se ele seguiu os parâmetros corretos, inclusive a Comissão de Controle de infeção constatou isso, certo é que o hospital não contribuiu com o fator morte.

Nesse caso, segundo deslinde processual (conforme trânsito em julgado): não houve condenação nem do hospital, nem do médico.

CASO 2. Paciente internado e médico indica realização de exame de tomografia com contraste. Durante o exame, o paciente relata estar passando mal. A equipe de médicos é acionada e o paciente é levado para UTI. Em pouco minutos, evolui para óbito.

Pergunta-se: o hospital tem responsabilidade em indenizar pelo fator morte? E o médico, incorreu em erro ao prescrever o exame com contraste?

Primeiro: só para esclarecer, o contraste é uma substância química injetável que tem a função de realçar as áreas do corpo do paciente na realização de um exame de tomografia. Isso demanda alguns protocolos a serem seguidos.

Quando vai fazer injeção de contraste o paciente tem que assinar um termo de autorização. Neste termo tem que constar as possibilidades de risco do contraste.

Também é importante descrever no prontuário que o paciente foi orientado acerca dos riscos e que assim mesmo autorizou o procedimento.

É importante que tudo isso conste em prontuário médico (a prescrição do contraste, a quantidade de produto aplicada e o lote do contraste utilizado).

Em caso de morte, deve-se fazer, inclusive, uma notificação ao fabricante para vistoria dos contrastes com o mesmo lote.

Tomadas essas providências, não tem porquê haver uma condenação, nem em face do hospital, nem em face do médico. Mesmo porquê, no momento da realização do exame, o médico estava presente na sala e rapidamente acionou a equipe médica para levá-lo à UTI.

Conforme deslinde processual desse caso: não houve condenação nem do hospital, nem do médico.

CASO 3. Gestante dá entrada no hospital com fortes dores abdominais. O médico, seguindo todos os protocolos adequados, opta pela realização de uma cesárea. O recém-nascido é tirado com vida, respira por 2 segundos e evolui à óbito.

Três meses após o ocorrido, o hospital é intimado a entregar o prontuário médico ao juízo requerente.

Acerca desse contexto, imprescindível informar que existe um processo em que mãe do RN falecido moveu em face de um senhor bilionário requerendo toda sua herança. Vale informar que esse citado senhor, antes de morrer, já havia realizado teste de paternidade, por meio do qual se comprovou ser o pai biológico do RN.

Pergunta-se: o que o médico tem a ver com esse contexto? Lembrando que ele seguiu todos os protocolos adequados e não cometeu nenhum erro.

Qual a importância do prontuário médico com a descrição do nascimento com vida, ainda que o RN tenha respirado por apenas 2 segundos e em seguida evoluído à óbito?

Explicando:

Um senhor bilionário teve um relacionamento com uma mulher, mais especificamente, uma garota de programa.

Essa mulher engravidou. O RN nasceu com vida e em seguida evolui à óbito, após 2 segundos.

Segundo o Código Civil: *A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida.* Artigo 2º.

Então, ainda que esse RN tenha existido por 2 segundos, ele passa a ser o único herdeiro de toda a herança do bilionário, já que ele não tinha filhos e nem era casado.

Mas não para por aí.

Na linha de sucessão de herança se o RN faleceu, quem é seu herdeiro? A mãe.

Por isso, a importância do relatório médico bem descrito, com detalhes do ocorrido dentro da sala cirúrgica. Certamente isso é de suma importância.

Se o médico no prontuário não tivesse colocado que o RN nasceu com vida e

sobreviveu por 2 segundos, a mãe do RN não seria a herdeira da fortuna.

Nesse caso específico, ainda que haja uma investigação pericial técnica para comprovar se o RN realmente nasceu com vida, essa prova certamente estaria prejudicada, pois quando houve a intimação do hospital para a entrega do prontuário, o óbito já tinha ocorrido há 3 meses.

Do ponto de vista médico, esse fator, às vezes, não é muito relevante, pois para a medicina o que ocorreu foi a morte, após 2 segundos do nascimento. Então, às vezes, é difícil persuadir o médico da suma importância do prontuário bem descrito, tanto para sua proteção, quanto para a proteção do hospital onde o ato foi realizado.

CASO 4. Paciente grávida, final de gestação, procura serviço de saúde com dores abdominais. Único médico disponível a examina e pede retorno ao serviço mais tarde, caso a dor persista. Paciente retorna 3 horas após, em trabalho de parto. O médico está realizando outra cirurgia no momento, por isso, o parto foi feito pela equipe de enfermagem do hospital. Houveram complicações, o que resultaram em morte do RN.

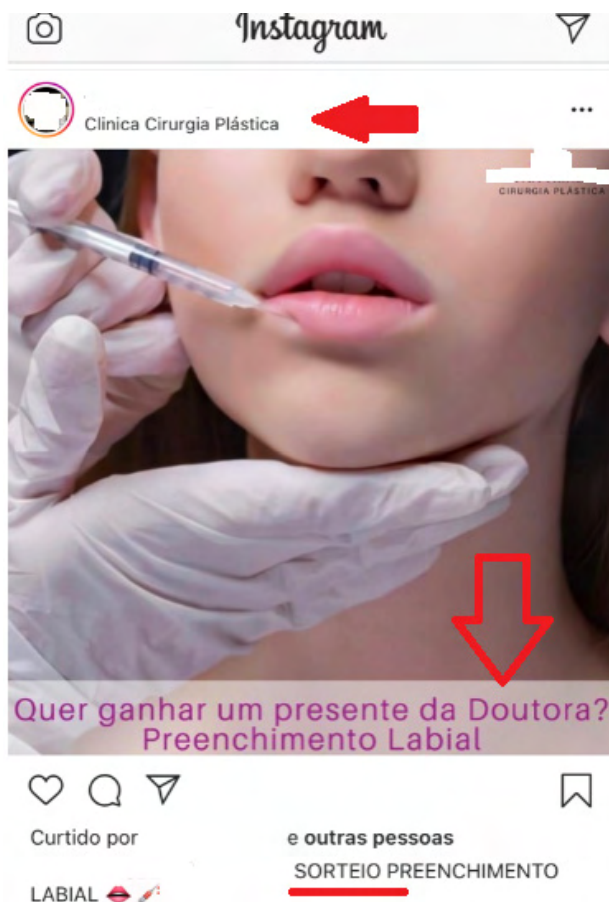
Como vocês imaginam a escala de responsabilização do médico, do hospital e da enfermagem? Nesse caso, houve condenação? Se sim, a quem foi imputada a responsabilidade pelo fator morte?

Vamos lá.

Deslinde processual: Em primeira instância houve a condenação do hospital e do médico. No Tribunal de Justiça foi mantida a condenação do hospital, quanto a condenação do médico, de maneira igualitária. Em 3ª instância o médico foi excluído dessa responsabilidade.

Assim, o STJ entendeu que a falta de estrutura do hospital ensejou no evento morte, já que o médico não teria como largar um parto para fazer outro, ele não teria como fazer essa escolha de paciente.

Quanto a equipe de enfermagem, em termos de reponsabilidade, ela compõe o serviço relacionado ao estabelecimento, por isso, a condenação do hospital.

CASO 5.

Clínicas e consultórios não podem divulgar condições especiais diferenciadas. Ou seja, não pode oferecer cupons de descontos, planos de fidelidade, etc. Nessa mesma linha, não se pode fazer sorteios de procedimentos.

Fonte: parecer do CFM nº 10/16.

REFERÊNCIAS

AMARANTE, ob. cit., p. 276; CASTRO Y BRAVO, ob. cit., loc. cit.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Responsabilidade civil por erro médico: aspectos.* Artigo publicado na Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, v. 1, n. 4, mar/abr. 2000, pp. 128 a 151.

CARDOZO, H. F. *Avaliação médico-legal das lesões do complexo maxilomandibular.* In: SILVA, M. Compêndio de Odontologia Legal. Rio de Janeiro: Medsi, 1997, p. 289-317.

DANTAS, Eduardo. *Direito Médico*. 5ª ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2021, pág. 48, 50, 52.

DANTAS, Eduardo. *Direito Médico*. 5ª ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2021, pág. 92.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1., p. 477.

DOS SANTOS JUNIOR, JOSÉ HIGINO RIBEIRO. "Consentimento Informado e Esclarecido", 2020.

GAGLIANO, P.S. e PAMPLONA FILHO, R. *Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, pág. 109.

GIOSTRI, Hildegard Taggesell. *A responsabilidade médico-hospitalar e o Código do Consumidor*. In: Repensando o Direito do Consumidor – 15 anos do CDC. OAB/PR, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. IV.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil do Médico*. 5ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, pág. 49.

PEREIRA, André Gonçalo. *O consentimento para intervenções médicas prestado em formulários: uma proposta para o seu controlo jurídico*. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, n. 76, 2000, pp. 433 a 471.

PETROUCIC, M. Z. Da responsabilidade civil. 2008. Disponível em: Acesso em: 27 mar. 2014.

SILVA PEREIRA, CAIO MÁRIO DA *Instituições de Direito Civil*, 8ª ed., Rio, Forense, 1986, vol. II, nº 176, pág. 235.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência.* 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

Código de Ética Médica, Resolução CFM n° 2.217, de 27 de setembro de 2018

Parecer Conselho Federal de Medicina nº 27/95;

Parecer Conselho Federal de Medicina nº 08/96;

Parecer Conselho Federal de Medicina nº 17/04.

Parecer Conselho Federal de Medicina nº 21/10;

Parecer Conselho Federal de Medicina nº 09/16.

Resolução do Conselho Federal de Medicina 1.627/01

Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.643/2002

Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.974/2011

Resolução 466/12

Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.126/2015

Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.222/2018, de 23 de novembro de 2018.

Lei nº 8.078, de 11 de setembro. de 1990

Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Lei 12.842/2013

Lei nº 3.268/17

Lei 13.787/18

Lei n. 13.709/18

Lei 13.989, de 15 de abril de 2020

https://www.bbc.com/portuguese/brasil-45492337

Constituição Federal de 1988, artigo 5º, X.

SOBRE A AUTORA

CAMILA NAVA AGUIAR - Advogada, Professora, pós-graduada em Direito Processual Civil e Direito Tributário. Atuação na área de Direito Médico (assessoria e defesa de médicos, hospitais e convênios médicos); advocacia Trabalhista (preventiva e contenciosa para empresas); assessoria, elaboração, revisão e acompanhamento de ações de contratos civis; ajuizamento e defesa em ações de cobrança, assessoria para o recebimento de créditos ou pagamento de débitos através de acordos judiciais ou extrajudiciais; indenizações (elaboração de defesas cabíveis por danos materiais e morais, código de proteção e defesa do consumidor); Direito de Família: aspectos patrimoniais, regime de bens e sucessões. Sócia proprietária do Escritório *Aguiar Advogados Associados* – Araras/SP.

www.atenaeditora.com.br
contato@atenaeditora.com.br
@atenaeditora
www.facebook.com/atenaeditora.com.br

DIREITO MÉDICO

ESTUDO TEÓRICO E PRÁTICO

www.atenaeditora.com.br
contato@atenaeditora.com.br
@atenaeditora
www.facebook.com/atenaeditora.com.br

DIREITO MÉDICO

ESTUDO TEÓRICO E PRÁTICO

Atena Editora
Ano 2021